

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA TUTELLE CIVILE
DES
ENFANTS NATURELS SIMPLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le jeudi 15 novembre 1900, à une heure et demie

PA

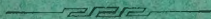
Paul GIGOUT

DOCTEUR EN DROIT

(Sciences politiques et économiques)

Sous la présidence de M. TISSIER, *professeur*.

Suffragants { MM. DUVERDIER DE SUZE, *professeur*
LOUIS-LUCAS, *professeur*.



DIJON
IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER
40, RUE DES FORGES, 40

1900



UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA TUTELLE CIVILE
DES
ENFANTS NATURELS SIMPLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le jeudi 15 novembre 1900, à une heure et demie

PAR

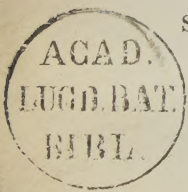
Paul GIGOUT

DOCTEUR EN DROIT

(Sciences politiques et économiques)

Sous la présidence de M. TISSIER, *professeur*.

Suffragants { MM. DUVERDIER DE SUZE, *professeur*
LOUIS-LUCAS, *professeur*.



DIJON

IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER

40, RUE DES FORGES. 40

—
1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548203_0055

INTRODUCTION

Il n'y a pas un mot dans notre code civil sur la tutelle de l'enfant naturel. D'où vient cette lacune et comment la combler ?

On serait peut-être tenté d'expliquer le silence du législateur par la défaveur avec laquelle il a traité les enfants naturels. C'est à regret, pour ainsi dire, qu'il s'est occupé d'eux, et sa sévérité à leur égard apparaît bien au titre de la paternité et à celui des successions. Il n'a pas eu, certes, en restreignant les droits de ces enfants, l'intention inique de leur infliger un châtiment. Sa préoccupation était essentiellement morale, car il se souciait de protéger la société par la sauvegarde de la famille légitime. Il croyait assez naïvement qu'il découragerait les unions

libres en rendant peu enviable la situation des enfants, déjà si mal partagés, qui pourraient en naître.

Si le législateur a eu une intention morale, les moyens qu'il a choisis pour la réaliser sont bien difficiles à justifier. Il est impossible, dit-on, qu'il « témoigne la même faveur à la filiation naturelle qu'à la filiation légitime, sinon à des époques d'égalité (1) ». Mais qu'il atteigne les parents s'il le peut et comme il l'entendra, tout en facilitant la recherche de la maternité et en admettant peut-être celle de la paternité (2), sans toucher à l'enfant, à l'être innocent, déjà victime d'une lâcheté ! Sans cela, c'est, comme l'a dit un ancien auteur (3), « punir en l'in-

(1) Laurent. *Principes de Droit civil français*, t. IV, p. 7.

(2) Il est odieux qu'un enfant soit sacrifié à l'infamie d'un père qui l'abandonne et le renie. La recherche de la paternité devrait être admise, avec des précautions sérieuses contre le chantage et des sanctions pénales sévères contre les fausses allégations. Nul n'est forcé de donner la vie à un être, mais quiconque assume cette responsabilité devrait être contraint de le reconnaître et de participer à son éducation. Les codes civils espagnol (art. 135), portugais (art. 115, 123), autrichien (art. 163 et 164), allemand (art. 1717), les législations des cantons des Grisons, de Glaris, etc., ont admis sous certaines conditions la recherche de la paternité.

(3) *Arrests du Parlement de Bretagne*, pris des mémoires et plaidoyers de M^e Seb. Fraip, 3^e édition (1684), par Pierre Hevin, t. I, p. 189.

nocence des enfants l'intempérance du père, contre les règles de la justice ; le vice n'est pas au fruit, il est en celui qui le sème et produit ». L'enfant ne demande pas à naître, et il naît innocent, irresponsable. Or, c'est sur lui que notre législateur fait peser tout le poids de la faute commise, et, en cela, il résout bien mal le conflit qui s'élève entre son intérêt et l'intérêt de la société.

Relever la situation de l'enfant naturel n'est pas faire une œuvre antisociale. Est antisociale au contraire la législation qui prétend sauvegarder la société par une constante injustice. Il est toujours dangereux de blesser profondément avec la loi le sentiment de l'équité. On aigrit certains caractères ; on augmente aussi le nombre des personnes mécontentes d'un ordre social, non pas irréprochable, mais encore plus susceptible de perfectionnement que de transformation radicale.

En outre, la loi est malheureuse par un autre côté : rejetant sur l'enfant presque toutes les conséquences d'une faiblesse qui ne lui est nullement imputable, elle aboutit le plus souvent à des résultats fort contraires à ceux qu'elle avait en vue. Beaucoup d'individus, presque assurés que les suites de leur faute ne retomberont pas sur eux-mêmes, n'ont pas, à un degré suffisant, les sentiments d'honneur et de responsabilité.

La solution fournie par la loi est donc loin d'être satisfaisante ; mais le problème, s'il est difficile, n'est sans doute pas insoluble. On doit éviter le plus possible de faire supporter à l'enfant les conséquences des erreurs, des faiblesses ou des mauvais instincts de ses auteurs. Si l'on veut relever la morale publique, c'est à d'autres procédés qu'il faut avoir recours. Il semble bien d'ailleurs — soit dit en passant — que les moyens répressifs doivent être écartés et qu'il faille se borner aux moyens préventifs. Dans cette voie seulement, on peut espérer concilier la philanthropie et la vraie morale (1).

Aussi de nombreuses protestations se sont-elles déjà élevées contre l'esprit de notre Code à cet égard. Celui-ci sera bientôt vieux d'un siècle : par suite de sa trop grande immobilité, les idées qui avaient cours lors de sa rédaction ne sont plus sur bien des points

(1) Les tendances législatives actuelles semblent mieux avisées et plus équitables : on fait beaucoup pour la suppression du péril social résultant du concubinat. Dans la juste crainte que beaucoup d'unions illégitimes fussent presque involontaires, on a cherché, à défaut d'une éducation morale suffisamment efficace, à rendre moins coûteuses les formalités du mariage, à les réduire et à les simplifier. On sait comme l'indifférence et l'incurie peuvent retarder et esquisser le mariage : les formalités représentent pour l'ouvrier des tracasseries souvent insurmontables. Et il continue une union libre sans sécurité pour sa compagne, sans garantie pour son enfant. Aussi faut-il faciliter par tous les moyens possibles les mariages ouvriers, en abrégier et en diminuer les difficultés.

celles de notre temps. Beaucoup de législations, après s'être inspirées de nos lois, ont atténué équitablement leur rigueur envers les enfants naturels. Il est donc urgent que l'on s'attache à introduire dans notre corps de droit civil encore plus de respect pour les droits de l'individu et plus de cette pitié pour les déshérités, qui n'est en définitive qu'une des formes de la justice. C'est dans ce sens, d'ailleurs, que la condition de l'enfant naturel a déjà reçu, en France, d'heureuses améliorations.

Pourtant certains auteurs ne se rallient pas aisément à cette manière de voir ; et il en est qui veulent même exagérer les conséquences de la conception étroite de notre Code, en tentant d'expliquer son silence dans certains cas par de prétendues déchéances infligées à l'enfant naturel. C'est ainsi qu'au sujet de cette lacune, si difficile à justifier, qui est relative à la tutelle de cet enfant, M. Girard de Vasson a écrit ce qui suit pour écarter la doctrine de la tutelle légale : « Pour celui qui embrasse avec bonne foi les vues du législateur en cette matière, il n'y a pas place, suivant nous, à la moindre obscurité, à la plus légère équivoque, même devant les textes, en petit nombre d'ailleurs, sur lesquels repose toute cette controverse.

« C'est une vérité hors de toute contestation dans nos lois que l'enfant naturel, né en dehors de la famille,

ne peut en revendiquer les honneurs et les prérogatives (1). »

Et le même auteur s'explique un peu plus loin :
« Si... la loi, dans sa sollicitude pour l'enfant naturel, n'a pas voulu le priver des droits de famille ; si... elle lui donne dans une certaine mesure sa protection ; si, par exemple, elle le soumet au consentement de l'auteur de ses jours pour son mariage et les actes respectueux qu'il peut entraîner (art. 158 et suiv.) ; si, enfin, elle l'assujettit dans son intérêt encore, au droit de correction envers l'auteur de ses jours (art. 383), ce ne sont là que des droits de famille accordés tout exceptionnellement par elle. Mais de ces faveurs de la loi, l'enfant ne peut logiquement conclure qu'il a toutes les autres (2). »

Et l'auteur admet, dès lors, qu'il faut écarter le système de la tutelle légale de l'enfant naturel, sous le prétexte qu'elle serait une *faveur* pour l'enfant, un « bienfait » octroyé par la loi. Il n'y aurait pas lieu de s'arrêter à l'utilité que cette tutelle pourrait avoir à l'égard de l'enfant !

Pour nous, nous croyons qu'il convient de répudier

(1) Girard de Vasson : « La tutelle de l'enfant naturel est-elle légale au profit du père ou de la mère qui l'a reconnu, ou seulement dative ? » — *Revue critique de Droit*, 1857, XI, p. 363 et suiv.

(2) Girard de Vasson. *Loc. cit*, p. 365.

sans hésitation une telle doctrine. Elle n'est, encore une fois, ni juste, ni utile. Oserait-on dire qu'on ne doit pas se préoccuper d'améliorer la situation des enfants naturels parce qu'on encourage le vice et la débauche ? Mais l'enfant ne saurait être mis en cause ; la société doit se soucier de son éducation et de la sauvegarde de ses intérêts comme de celles de tout autre de ses membres. Elle doit même veiller avec d'autant plus de soin à cette tâche qu'elle est plus délicate et que l'individu dont il s'agit est plus malheureux. En effet, on ne saurait en aucune manière rendre l'enfant naturel responsable de son existence. Peut-on en faire une victime expiatoire ? Il est évident que soutenir cette thèse, c'est s'écarter à la fois de toute logique et de toute justice.

Mieux vaut donc reconnaître à l'enfant naturel les droits conformes à l'équité ; et, dans l'attente de nouvelles réformes, tenir le plus grand compte dès à présent, par une pratique éclairée et libérale, des raisons de bon sens et d'humanité.

C'est dans cet esprit que nous aborderons l'étude de la tutelle de l'enfant naturel, et le code civil lui-même ne s'y oppose pas. Car son silence ici paraît plutôt, quoi qu'on en ait dit, une simple et grave négligence. On ne peut suppléer, en effet, à la lacune du texte par l'étude des travaux préparatoires : il n'y a

aucune indication dans l'exposé des motifs du conseiller d'Etat Berlier, ni dans le rapport de Huguet au Tribunal, ni dans le discours du citoyen Leroy au Corps Législatif (1).

L'étude de la tutelle de l'enfant illégitime est pourtant intéressante, parce qu'elle touche au droit naturel et au droit civil et parce qu'elle concerne encore dans une large mesure cette question générale de la protection de l'enfance, qui occupe une place de plus en plus grande dans la pensée du législateur moderne. Préserver l'enfant, c'est diminuer dans de fortes proportions l'alcoolisme, la prostitution et la misère. Mais pour y parvenir vraiment, que de préjugés, que d'égoïsme, que d'injustices, que d'idées toutes faites à combattre encore et à détruire !

Quels doivent être les caractères de la tutelle des enfants naturels, et comment combler la grave lacune du Code, voilà, depuis bientôt un siècle, une des questions les plus discutées de la jurisprudence et de la doctrine. Les auteurs les plus autorisés ont résolu cette controverse en sens inverse. Les cours d'appel sont divisées à ce sujet, et il y a eu jusqu'en ces der-

(1) Nous ne savons en vérité sur quel texte M. Baudry-Lacantinerie s'appuie quand il prétend que le silence de la loi n'est pas le résultat d'un oubli. — *Précis de Droit civil*, 7^e édition, t. I., n° 1347, p. 711.

niers temps une grande incertitude dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

La question se présente d'ailleurs sous différents aspects.

Quelle doit être d'abord, en l'état actuel de la législation, la solution à préconiser ? Il faudra pour la déterminer s'inspirer de l'esprit dont nous parlions, et se conformer aussi aux principes généraux du droit. Il est bien évident qu'une règle s'impose, même en l'absence de textes. On ne saurait prétendre que les tribunaux doivent avoir l'initiative la plus absolue et qu'ils peuvent déterminer en toute liberté le mode de tutelle de l'enfant naturel, en l'adaptant aux conditions particulières qui concernent tel ou tel individu. Une doctrine aussi flottante serait dangereuse : on conçoit bien que l'arbitraire des tribunaux ne doit pas aller jusqu'à changer à chaque instant le principe de constitution d'une tutelle. Aussi propose-t-on des solutions précises et générales : il nous faudra les examiner successivement et indiquer celle qui nous paraît conforme aux principes du droit.

Nous plaçant ensuite à un autre point de vue, nous devons nous demander quelle doctrine il importe de proposer au législateur. Il y a lieu ici, de sa part, à une intervention nécessaire. Son initiative à ce sujet peut être très large. Comment doit-il compléter le code civil ?

Ces discussions épuisées, nous examinerons dans une seconde et courte partie de notre étude quelques difficultés de détail, en nous plaçant surtout au point de vue du système de la tutelle dative, celui qui semble le plus généralement suivi en pratique et qui a été consacré par un récent arrêt de principe de la Cour de cassation.

*
* *

Dans ces diverses études nous voulons nous occuper avant tout de la classe la plus nombreuse des enfants naturels, — c'est-à-dire des enfants illégitimes simples, — en d'autres termes nés hors mariage, de personnes qui n'étaient ni mariées avec d'autres, ni parentes ou alliées entre elles au degré où le mariage est prohibé. Et encore parmi ces enfants nous aurons principalement en vue ceux dont les parents sont légalement connus. Ce sont eux seuls que nous considérerons tout d'abord. Les autres, les enfants non reconnus, seront le plus souvent élevés dans les hospices et soumis, selon la loi du 15 pluviôse an XIII, à la tutelle des commissions administratives de ces établissements. Ce sera là aussi le sort de beaucoup d'autres mineurs que nous laissons intentionnellement en dehors de notre étude : les enfants adultérins ou incestueux. Traités sévèrement par une loi impré-

cise et incomplète, qui proportionne ses rigueurs contre eux à la gravité de la faute commise par leurs parents, leur condition est très particulière et devrait faire l'objet d'un travail synthétique spécial.

Nous n'en dirons accessoirement que quelques mots.

PREMIÈRE PARTIE

**Tutelles qu'il convient d'admettre
pour les enfants naturels, en l'état actuel
de la législation
et au point de vue de l'intervention
législative.**

CHAPITRE PREMIER

Nécessité de l'organisation d'une tutelle des enfants naturels reconnus.

La situation légale de l'enfant naturel reconnu n'a pas été, en général, nettement déterminée par le législateur. Là même où il a formulé sa volonté, l'expression semble le plus souvent si imparfaite qu'on convient, d'ordinaire, à son sujet, de l'opportunité d'une réforme législative.

Il est certain toutefois que cet enfant se trouve assimilé à l'enfant légitime en ce qui concerne l'obligation de demander à ses père et mère légalement connus leur consentement à son mariage, ou de requérir du moins leur conseil (1) (Code civil, art. 158). Il n'est

(1) La reconnaissance « établit devant la loi et leurs droits et leurs devoirs réciproques : pour le père, l'obligation de fournir à son enfant les moyens d'exister ; pour l'enfant l'obligation d'obéir à son père, de le respecter et de le secourir ». — Discours de Duveyrier, au Corps Législatif. — Locré. *Leg.* VI, p. 323, 445.

pas douteux non plus que ses parents ont à son égard le droit de correction (Code civil, art. 383). On en infère, presque sans conteste, qu'ils ont sur sa personne ces autres droits de la puissance paternelle dont le droit de correction n'est que le corollaire, c'est-à-dire les droits de garde et d'éducation (1).

Ce droit de correction paraît même plus absolu que celui des parents légitimes, puisqu'il est soustrait par le texte aux restrictions qui résultent des articles 380, 381 et 382. La loi semble bien, en effet, ne pas appliquer aux père et mère naturels les dispositions étrangères à l'énumération de l'article 383 qui fixe limitativement les droits de la puissance paternelle des parents naturels. Mais les pouvoirs de ceux-ci sur l'enfant vont être bien plus entiers que ceux des parents légitimes. Pourquoi une faveur aussi étrange aux père et mère naturels ? Les interprètes se le sont souvent demandé, et c'est vainement que cette recherche a exercé leur sagacité, car les explications proposées sont loin d'être satisfaisantes. On a invo-

(1) Des auteurs invoquent encore l'art. 756 pour justifier la reconnaissance du droit de correction aux parents naturels légalement connus. « Ne serait-il pas absurde qu'un père pût laisser mourir de faim dans le jeune âge ceux-là mêmes à qui la loi réserve une partie de ses biens ? » — Baudry-Lacantinerie (et H. Fourcade). *Traité théorique et pratique du Code civil. Des personnes*, t. II, p. 539.

qué, notamment, une raison spécieuse : l'accroissement des pouvoirs des parents naturels se justifierait par l'indiscipline éventuellement plus grande de l'enfant. Celui-ci « n'est-il pas, a dit Laurent, par le malheur de sa naissance, moins respectueux, moins soumis, plus indiscipliné que l'enfant légitime ? Donc, il faut une main plus ferme pour l'élever, et un pouvoir plus fort (1) ».

Quelle que soit la valeur de cet essai de justification de la loi (2), celle-ci renferme, d'ailleurs, d'autres lacunes beaucoup plus regrettables, toujours au sujet

(1) Laurent. *Principes du Droit civil français*, t. IV, p. 466.

(2) Lorsque le père d'un enfant légitime a disparu, l'article 141 du code civil donne à la mère le droit d'éducation qu'il avait sur la personne de son enfant. On en déduit qu'elle a aussi le droit de correction, corollaire du premier; mais on admet généralement qu'elle ne peut l'exercer qu'avec les restrictions imposées par l'article 381 dans le cas où elle est veuve, *car cette restriction tient au sexe*. — Doit-on, pour cette même raison, obliger la mère naturelle à prendre la voie de réquisition quand elle exerce le droit de correction sur son enfant ? Le texte de l'article 383, n'étendant pas par analogie à la famille naturelle l'article 381, est contraire à cette solution. Est-ce parce que le législateur aurait eu plus de confiance en la pondération de l'esprit de la mère naturelle qui, vivant seule, pourrait être moins privée que la mère légitime devenue veuve de l'expérience nécessaire et de l'habitude du commandement ? C'est contestable, et on n'oserait l'affirmer. En tout cas, il paraît bien impossible d'établir ici la restriction du droit qui résulte de la nécessité de consulter les deux plus proches parents paternels : le père peut être légalement inconnu, et aucune parenté légale n'unit l'enfant naturel aux parents de son père.

des droits des parents naturels sur la personne de leurs enfants reconnus (1).

Où les textes font tout à fait défaut — ce qui nous importe ici, — c'est lorsqu'il s'agit de préciser une solution voisine : quels sont les droits des parents naturels sur les biens de leurs enfants ?

On est généralement d'accord pour refuser aux pa-

(1) Ainsi, en cas de reconnaissance des deux parents, le père aura-t-il, par analogie avec ce qui se passe dans la famille légitime, la prééminence sur la mère dans l'exercice de la puissance paternelle ? L'article 383 ne renvoie pas non plus par analogie à l'article 373 d'après lequel « le père seul exerce cette autorité durant le mariage ». Il semblerait bien que pour éviter une fâcheuse dualité de direction, il faille, en principe, admettre à ce sujet une supériorité des droits du père, d'autant que l'article 8 (parag. 1^{er}, 2^e alinéa) du code civil modifié par la loi du 26 juin 1889, et les articles 148 et 158 semblent confirmer cette manière de voir. Toutefois on admet que les tribunaux civils peuvent intervenir pour enlever au père, s'il est nécessaire, l'exercice de ces droits, en dehors de la déchéance de la puissance paternelle qui est une mesure bien plus absolue et rigoureuse. Ce système est loin d'ailleurs d'être admis indiscutablement par tous les auteurs. Il en est qui accordent aux parents naturels une égalité de droits sur leur enfant, en admettant la faculté d'intervention des tribunaux en cas de conflit. — En fait, cette intervention sera souvent nécessaire, quelque théorie qu'on admette, quand la mère étant d'abord seule légalement connue, le père reconnaîtra l'enfant et voudra prendre en main son éducation ou intervenir au moins dans sa direction. Quels organes autres que les tribunaux civils pourraient mettre fin à ces conflits ? Nous reviendrons plus tard sur cette question.

rents naturels l'usufruit légal que l'article 384 donne sur les biens de l'enfant au père légitime durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère. Aucune disposition de la loi ne permet d'attribuer ce droit aux parents naturels, et, on convient sans peine de le leur refuser, comme il s'agit là d'une faveur, pour ne pas mettre le concubinage sur le même rang que le mariage. On ne peut guère étendre, en effet, cette création de la loi positive qu'est le droit de jouissance légale, sous prétexte que le législateur a statué ici comme partout *de eo quod plerumque fit*. Qu'on l'accorde encore, si l'on veut, sans sortir du mariage, à la mère légitime, en cas d'absence du mari, mais quoi de plus excessif et de plus arbitraire au point de vue de la volonté du législateur que d'en faire un attribut de la parenté naturelle? (1).

Mais c'est au sujet de l'administration légale que la question est surtout controversée. Faut-il reconnaître ce droit aux parents naturels? Comment le patrimoine des enfants naturels reconnus sera-t-il géré? La loi

(1) Cette solution pourrait trouver au besoin un appui dans ce fait que le législateur édicte la déchéance de son droit d'usufruit légal contre celui des époux qui a causé le divorce et contre la mère qui convole en secondes noces (art. 386), cet époux divorcé ou cette mère qui se remarie devenant en quelque sorte à ses yeux suspects ou déméritants.

n'en parle pas, et les discussions préparatoires du Code prouvent qu'on ne s'en est même pas occupé. Pourtant la protection que la loi civile accorde aux mineurs est d'autant plus nécessaire aux enfants naturels qu'ils sont privés des garanties que l'existence même du mariage procure aux enfants légitimes.

Laurent (1), qui refuse judicieusement à la parenté naturelle l'usufruit légal, prétend qu'il faut lui reconnaître le droit d'administration légale. Si on objecte que, pour administrer le patrimoine d'autrui, il faut normalement en avoir reçu le pouvoir, qu'une administration remise de droit par la loi à certains individus suppose une confiance exceptionnelle du législateur, qu'aucun article n'établit cette administration légale des biens de l'enfant naturel, Laurent répond qu'on étend bien d'autres textes, par analogie, aux père et mère naturels, alors qu'on n'a pas non plus pour cela l'autorisation expresse du législateur. Cela est vrai en apparence ; mais en vérité absolue, l'extension sur laquelle s'appuie Laurent n'est pas à proprement parler une innovation réelle, les dispositions des articles que l'on étend communément aux père et mère naturels constituant un simple corollaire du

(1) Laurent. *Principes du Droit civil français*, t. IV, p. 467, 468. — V. dans le même sens : Taulier : *Théorie raisonnée du Code civil*, t. II, p. 18. *Contra*, dans le même ouvrage t. I^{er}, p. 504.

droit de correction concédé expressément par l'article 383 à ces mêmes parents : ce ne sont là que des devoirs corrélatifs au droit que leur donne le texte.

Les conséquences tirées du silence de la loi sont toujours dangereuses. Aussi doivent-elles être sévèrement rejetées quand elles conduisent à lui prêter des décisions contraires à la sagesse. Or, ce qui doit décider ici la question, c'est le défaut de garanties que présente pour l'enfant naturel l'union de fait, souvent inconstante, de ses père et mère. Laurent prétend trouver une sécurité suffisante dans leur affection pour l'enfant. Mais il avoue, autre part, que cette sécurité peut être illusoire : les parents naturels pourront même vivre séparés, et le contrôle réciproque des auteurs de l'enfant, sauvegarde des intérêts du mineur légitime, sera impossible ici. Laurent lui-même en vient à désirer de la part du législateur des garanties spéciales (1). A quoi bon, alors, dans le silence de la loi étendre un texte dont la disposition, en l'espèce, est reconnue dangereuse ?

Aussi, malgré le dissentiment de Laurent, on refuse généralement d'appliquer à la parenté naturelle l'article 389, car il montre très bien, en donnant l'administration légale au père *durant le mariage* seule-

(1) Laurent. *Principes de Droit civil français*. t. IV, p. 525.

ment, que ce droit ne peut être reconnu aux parents de l'enfant naturel, c'est-à-dire à des individus qui se trouvent le plus souvent dans la même situation que des veufs ou des divorcés.

Toutefois, il y a chez Laurent un argument théorique qui paraît d'abord irréfutable : « L'administration des biens, dit-il (1), de même que l'éducation de la personne de l'enfant, est un attribut de la puissance paternelle ; c'est un devoir que la nature impose au père et que la loi consacre. L'enfant ne peut pas veiller lui-même à ses intérêts. Qui donc doit y veiller, sinon le père ? Il n'y a sous ce rapport aucune différence à établir entre le père naturel et le père légitime. En tant que la puissance paternelle est un devoir, elle est commune au père naturel ; or l'administration des biens est un devoir. Cela décide la question en principe. »

C'est prétendre que l'administration légale par le père des biens de l'enfant est une conséquence nécessaire de la puissance paternelle ; c'est soutenir que l'administration légale doit suivre le droit d'éducation et appartenir à qui ce dernier est confié, aussi bien dans la famille naturelle que dans la famille légitime.

Or, précisément, nous ne croyons pas que l'admi-

(1) Laurent. *Principes de Droit civil français*, t. IV, p. 468.

nistration légale soit un attribut de la puissance paternelle, aussi essentiel du moins que les droits des parents sur la personne de leur enfant, et qu'il soit dès lors impossible d'y porter normalement atteinte.

Il est facile de reconnaître, en effet, que parmi les attributs de la puissance paternelle, il est des droits que les père et mère ne pourraient résigner ou abdiquer par aucun acte : le consentement ou le refus au mariage (art. 148, code civil), le droit de correction (art. 375), le droit d'émancipation (art. 477), par exemple. Aucun d'eux ne pourrait faire l'objet d'une renonciation conventionnelle. Au contraire, ce qui prouve bien que l'administration des biens n'est pas dans le système de la loi un élément de la puissance paternelle aussi primordial que les droits sur la personne de l'enfant, c'est qu'il peut être séparé de la puissance paternelle. On admet généralement qu'il n'est pas contraire à l'ordre public de léguer à l'enfant légitime des biens sous la condition que le père n'en aura pas l'administration, mesure souvent sage et prévoyante. Ici, cependant, la pensée du législateur est incertaine, la loi est muette, et il y a des controverses. Mais l'esprit de notre législation n'est pas douteux en d'autres matières. Les conditions d'exercice des droits sur la personne de l'enfant sont loin d'être les mêmes que celles des droits sur les biens : après la dissolution du mariage survenue par la mort d'un des

époux, les attributs de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant restent, en principe, ce qu'ils étaient durant le mariage, tandis que le droit très large d'administration légale attribué au père par l'article 389 fait place de suite à un pouvoir beaucoup plus atténué et surveillé sur les biens de l'enfant, c'est-à-dire à la tutelle légale dévolue au survivant des époux.— Il y a plus : d'après l'article 394, la mère n'est point tenue d'accepter la tutelle légale, pouvoir analogue, bien que restreint, à celui de l'administration légale. Le père pourrait aussi en être dispensé et déchargé dans certains cas, sans qu'on puisse en inférer sa renonciation à la puissance paternelle proprement dite qui comporte surtout les droits sur la personne de l'enfant. Le sort des droits sur les biens n'est donc pas, dans notre Code, identique à celui des droits sur la personne, et les uns et les autres sont loin d'apparaître comme inséparables (1).

L'administration d'un patrimoine et l'éducation

(1) La jurisprudence semble admettre, sur le fondement de l'autorité de notre ancien droit auquel on prétend que le Code n'aurait pas dérogé, la nomination de deux tuteurs chargés l'un de prendre soin de la personne du mineur, l'autre d'administrer ses biens, alors que normalement, de par la tutelle, le tuteur autre que les père et mère doit veiller sur la personne de l'enfant et sur ses biens. (Rouen, 4 janvier 1883. D. 83, 2, 155. S. 84, 2, 175). — V. aussi Dijon, 14 mai 1882 (D. 62, 2, 121. — S. 62, 2, 460) et Cass. Req. 14 décemb. 1833. (D. 64, I, 63. S. 64, I, 21).

d'une personne sont d'ailleurs choses très différentes, n'exigeant pas les mêmes qualités. Le meilleur gardien ne sera pas bien souvent le meilleur administrateur. Aussi certains auteurs regrettent-ils de ne pas trouver dans nos lois la conception du droit romain quant aux fonctions légales du tuteur, d'après laquelle ce dernier avait à s'occuper de la seule fortune du pupille et non de sa garde et de son éducation (1). Contrairement à cette vue, il nous semble préférable que le législateur tende le plus souvent à réaliser une unité harmonieuse de direction des intérêts matériels et moraux de l'enfant, peut-être même au risque de préjudicier quelque peu à la prospérité de sa fortune ; et, en pratique, il nous paraîtra excellent de rechercher autant que possible à réaliser cette unité de direction. Mais il n'en est pas moins vrai que les pouvoirs des parents sur la personne de l'enfant, et leurs droits sur ses biens, constituent en principe deux éléments de la puissance paternelle d'une nature distincte et que, théoriquement, on doit soigneusement séparer. Les pouvoirs sur les biens apparaissent comme formant un attribut de la puissance paternelle moins nécessaire, beaucoup moins intime et intangible que les pouvoirs sur la personne (2).

(1) Voyez par exemple Petit, *Traité élémentaire de Droit romain*, 2^e édition, p. 119.

(2) L'étroitesse et la solidité du lien établi entre les parents de l'enfant vient des besoins de la nature : c'est pourquoi, sans

Le législateur avait donc le droit, sans se mettre en contradiction avec lui-même, de refuser aux parents naturels le droit trop large d'administration légale. Et qu'on n'invoque pas pour nous contredire un prétendu principe de droit naturel ! Nous allons bientôt déterminer le caractère et la portée des seules prescriptions impérieuses de ce droit en cette question, et nous verrons quelle latitude elles laissaient à la législation positive.

En résumé, l'enfant naturel peut n'avoir qu'un parent reconnu ; même s'il a ses père et mère, leur reconnaissance légale ne lui assure pas le contrôle de l'un sur l'exercice de l'administration légale de l'autre, qui est une des sauvegardes des intérêts de l'enfant légitime. L'union des parents naturels, si elle existe, menace souvent par sa nature même de n'être pas constante et sérieuse. Et c'est, rationnellement, cette considération décisive qui conseille d'écarter le droit trop large d'administration légale des biens de l'enfant naturel, même quand le père et la mère l'ont reconnu tous les deux, même quand cette reconnaissance a été simultanée (1).

doute, les droits et les devoirs que ces parents ont à l'égard de la *personne* sont inscrites dans la loi positive et paraissent plus intangibles que les droits et devoirs concernant les biens.

(1) Dans cette hypothèse on trouve une situation presque

Mais alors, si on refuse aux parents naturels le droit d'administration légale qui a été accordé au père légitime pendant le mariage, parce que ce mariage même était la garantie qui commandait la confiance du législateur (1), comment combler la lacune qui en résulte sans le Code? Comment les biens de l'enfant naturel vont-ils être administrés du vivant de ses père et mère, ou de l'un quelconque d'entre eux?

analogue à celle de la famille légitime. Aussi est-ce surtout dans ce cas qu'on a prétendu attribuer au père le droit d'administration légale. — V. A. Godet : *Les Droits et les Devoirs de la Mère*. Thèse pour le Doctorat, p. 183, 184. — Paris, 1897.

(1) On pourrait en vérité se demander comment il se fait, qu'après le divorce ou la séparation de corps, le législateur n'ait pas établi des garanties analogues à celles que présente la tutelle légale, laquelle ne s'applique que lorsque le mariage est dissous par la mort d'un des époux (art. 390). Il y a peut-être là un défaut de concordance dans la loi. Les auteurs de l'enfant vivent séparés ; il n'est remis qu'à un seul d'entre eux, en principe à celui qui a obtenu le divorce et qui présente, par suite, le plus d'honorabilité ; le tribunal pouvant le confier à l'autre époux ou à une tierce personne (art. 302 qu'on doit sans doute étendre à la séparation de corps). Peut-être le législateur attend-il beaucoup du contrôle que l'un des conjoints divorcés exercera sur l'autre, ou qu'ils exerceront tous deux sur le tiers chargé de prendre soin de l'enfant. Au surplus, l'article 303 leur fait un devoir de surveiller l'entretien ou l'éducation de l'enfant et d'y contribuer à proportion de leurs facultés. Enfin on peut compter que l'un et l'autre des époux divorcés garderont à l'enfant né d'une union légitime, surtout s'ils ont vécu près de lui quelque temps, un peu de cet attachement qui est une sauvegarde contre l'abus des droits de puissance paternelle par l'autre parent.

L'enfant naturel a un état comme tous les membres de la société, car l'état est un fait social. « L'état présente... les mêmes caractères pour tous les hommes. Peu importe que des avantages pécuniaires y soient attachés, c'est là une chose secondaire. Or, c'est seulement sur cet intérêt accessoire que l'état des enfants naturels diffère de l'état des enfants légitimes. Leurs droits ont moins d'étendue, ils ont une famille plus restreinte et ils y sont traités moins favorablement que les enfants légitimes, ce qui ne les empêche pas d'avoir un état et un état qui est identique en tant qu'on le considère comme droit moral. Cela décide la question de l'application analogique de la loi. On peut et on doit appliquer par analogie à la filiation naturelle les principes qui régissent l'état des enfants légitimes, parce qu'il y a même motif de décider, l'illégitimité n'exerçant aucune influence sur ces principes (1) ».

L'état doit être protégé, qu'il appartienne à l'enfant naturel ou à l'enfant légitime, telle paraît être l'une des prescriptions les plus essentielles et les plus impérieuses du droit naturel, auquel on doit revenir pour éclairer cette question. C'est pourquoi le législateur a dû reconnaître des droits à l'enfant naturel : il porte le nom de son père ou celui de sa mère, si celle-ci

(1) Laurent. *Principes de Droit civil français*, t. IV, p. 8.

seule est légalement connue ; il a droit à l'éducation, il est héritier dans sa famille, restreinte par la loi. Or ses biens, de leur côté, ne doivent pas être laissés à l'abandon ; il ne faut pas que ses intérêts matériels soient plus négligés que ses intérêts moraux. Telle semble bien être, à notre sujet, une prescription immédiate et rationnellement inviolable du droit naturel, de ce droit qui résulte de la raison humaine et des nécessités premières de la vie sociale. Appliquons donc cette règle à la matière qui nous occupe.

Le législateur, s'inspirant des leçons de la nature, a cru devoir confier l'éducation de l'enfant aux parents naturels comme il l'avait confiée aux parents légitimes. Mais il n'a pas donné à ces mêmes parents naturels cette gestion de droit des biens de l'enfant qu'est l'administration légale, et comme celle-ci se justifie par la confiance expresse de la loi, elle paraît bien devoir être refusée, dans le silence de la législation actuelle, à la parenté illégitime. Dès lors, d'après le droit naturel, il faut chercher dans la loi civile, en l'absence de l'administration légale, une institution générale à étendre aux biens des enfants nés hors mariage. L'application analogique de la loi est de droit commun, quand il y a même raison de décider, quand l'esprit de la loi est le même dans la matière où l'interprète emprunte des principes et celle où il rencontre des lacunes.

Or, quelle est l'institution qui, dans la loi civile, remplace la puissance paternelle là où elle fait défaut avec la généralité de ses attributs ou seulement avec celui qui a trait à la gestion des biens de l'enfant ? C'est la tutelle, c'est-à-dire le mandat donné à une personne capable d'administrer les biens du mineur, et, dans certains cas, de veiller sur sa personne. Il ne s'agira ici que d'une tutelle s'exerçant sur les biens, car la loi accorde expressément aux parents naturels les attributs les plus intimes de la puissance paternelle, ceux qui paraissent résulter essentiellement de la génération, c'est-à-dire les droits sur la personne de l'enfant. Puisqu'ils n'ont pas l'administration légale de ses biens, il faudra dire que cet enfant aura un tuteur pour que ses intérêts matériels ne restent pas en souffrance et pour qu'il soit représenté dans tous les actes qui les intéressent, tant du moins que, selon la détermination de la loi, il n'aura pas atteint le développement complet de ses facultés morales.

En somme, pour réaliser la prescription de la loi naturelle relativement à la protection des biens des mineurs, le législateur a établi deux institutions : l'une qui révèle de sa part une confiance particulière et qui semble bien d'une nature exceptionnelle et propre au mariage, l'administration légale ; l'autre moins anormale, plus sévèrement réglementée, et qui

apparaît un peu dans notre matière comme étant de droit commun : la tutelle ; c'est à cette dernière qu'il faudra recourir pour la protection des biens des enfants naturels du vivant de leurs père et mère légalement connus. A défaut de ceux-ci, il est évident que c'est encore la tutelle qu'il faudra appliquer, et cette fois pour la protection de la personne de l'enfant comme pour celle de ses biens.

Peut-être objectera-t-on qu'en l'absence de texte, on est sans droit d'étendre à ces enfants la tutelle, création de la loi positive. Il est facile de répondre : le droit naturel exige une protection de tous les intérêts matériels et moraux de l'enfant. Dans le silence de la loi civile, il faut bien recourir par analogie à un des modes de protection généraux qu'elle a admis. Or, celui que, par suite de son caractère, on peut étendre le plus aisément aux enfants naturels, c'est la tutelle. C'est elle qui remplira toujours l'office de protectrice de leurs biens. Cette institution est si générale qu'elle a presque sa source directe dans la loi naturelle elle-même. Les Romains disaient déjà que son principe était du droit des gens (Gaius, I, § 189). N'est-elle pas en effet elle-même une de ces institutions de droit naturel secondaire, au sujet desquelles « l'accord unanime des nations pour les observer est la meilleure preuve de leur invariable convenance à

la nature raisonnable et sociale de l'homme (1), » une de ces règles qui « sont les conditions communes de l'existence et du développement de toutes les associations, de toutes les relations humaines (2) ? »

Où la tutelle est plutôt du domaine de la loi positive, c'est dans sa mise en œuvre par le législateur. C'est à ce dernier qu'il appartient de constituer la tutelle avec telle ou telle forme précise ; et c'est surtout dans ces diverses formes elles-mêmes que la tutelle peut être considérée comme une création de la loi positive : il y a telle ou telle espèce de tutelle ou pour parler plus simplement telle ou telle tutelle.

Il nous reste dès lors à déterminer quelle est la tutelle qu'il faut appliquer à l'enfant naturel, en nous posant d'abord ce problème en l'état de notre législation ; — et, celle-ci étant sur ce point insuffisante, en nous demandant quelles améliorations législatives doivent intervenir comme raisonnablement nécessaires et possibles.

*
* *

Nous venons de justifier la mise en tutelle de l'en-

(1) Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de code civil*. Introduction, I, n° 6.

(2) Demolombe. *Cours de code civil*, I, n° 8.

fant naturel. Durant la vie des père et mère de cet enfant ou de l'un d'eux, pourvu qu'ils soient légalement connus, les fonctions du tuteur seront limitées à l'administration du patrimoine personnel de l'enfant, puisque les droits de correction et par suite d'éducation et de garde appartiennent toujours de par la loi aux parents. C'est la conception du droit romain que l'on retrouve exceptionnellement en notre matière, puisqu'en principe la direction des intérêts matériels de l'enfant et celle de sa personne pourront être confiées ici à des personnes différentes (1). Le mineur aura son domicile chez son tuteur, puisque c'est là qu'est le siège de ses affaires (art. 108, al. 2), toutefois il ne suivra pas le tuteur préposé seulement à la surveillance de ses intérêts (2) ; il restera avec ses parents naturels. S'ils vivent séparés, il pourra y avoir à ce sujet des difficultés dont la solution ne rentre pas dans cette étude.

(1) Ce dédoublement des droits établis sur l'enfant naturel est assez fréquent dans les législations étrangères. On le trouve notamment en Autriche, en Suisse (canton de Zurich, etc.).

(2) Cette situation rappelle celle de l'enfant légitime dont le parent survivant a été excusé ou écarté de la tutelle. L'enfant demeure avec son père ou sa mère qui conserve l'exercice de la puissance paternelle, et par suite le droit de garde, d'éducation et de correction, à moins que ce parent ne soit déchu de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889 ; mais l'enfant est domicilié chez son tuteur.

Or, des décisions judiciaires (1) sont parties du point de vue faux d'après lequel la tutelle de l'enfant naturel impliquait nécessairement l'exercice des droits sur la personne de l'enfant. C'est une erreur contre laquelle il importe de se mettre en garde ; elle contribue parfois à faire prendre parti à tort dans la détermination de la tutelle qu'il convient d'appliquer à l'enfant naturel. Tant que vivra l'un de ses parents légalement

(1) C'est ainsi que la Cour d'Alger, par arrêt du 17 mars 1875, réformait sur appel une ordonnance de référé du président du tribunal civil d'Alger ordonnant sur la requête d'un tuteur datif d'une enfant naturelle que celle-ci fût retirée à la mère et mise dans une pension. La mère n'aurait pu voir sa fille qu'aux heures réglementaires. La Cour rendait au contraire la garde de l'enfant à la mère, considérant à juste titre comme inadmissible toute compétition adverse (S. 75, 2, 176).

Par jugement, en date du 15 mars 1882, le tribunal de la Seine, confondant les attributs de la tutelle et de la puissance paternelle de l'enfant naturel, et n'accordant à la mère survivante que les droits *étroitement interprétés* que le code civil concède expressément aux parents naturels sur la personne de leur enfant, privait une mère naturelle (au profit d'une tierce personne entre les mains de laquelle le conseil de famille nommant un tuteur datif avait laissé l'enfant) du droit de garder et même de visiter sa fille, sans qu'il y ait de la part de cette mère une juste cause de déchéance et d'indignité. La Cour de Paris se montrait moins absolue et, par arrêt du 19 mai 1882, réformait le jugement ci-dessus, en considérant qu'il y a « à la charge des enfants des devoirs de soumission et de respect ; que l'accomplissement de ces devoirs naturels suppose lui-même le droit pour le père et la mère d'entretenir avec l'enfant qu'ils ont reconnu les relations que la nature a créées, sauf les cas d'indignité que la justice est chargée d'apprécier » (S. 1882, 2, 164.)

connus, l'enfant sera sous sa garde ; ce n'est qu'après la disparition de ce parent que le tuteur sera appelé à prendre soin de la personne de l'enfant.

Nous savons que le code civil n'a établi de tutelle que pour les enfants légitimes. Il n'en a pas institué pour les enfants naturels, même pour ceux restés sans père ni mère. Il n'a même pas manifesté ici à leur sujet la sollicitude assez restreinte qu'il leur a accordée aux titres du mariage, de la puissance paternelle et des successions.

C'est une lacune très grave. On ne peut dire ici que le législateur s'en réfère implicitement aux règles qu'il établit pour les enfants légitimes. En effet, dans le titre IX, sur la puissance paternelle, qui ne contient que dix-sept articles, la loi indique expressément que quelques-unes de ses dispositions sont applicables aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus (art. 383 du code civil). Or, le chapitre II du titre X, qui renferme quatre-vingt-six articles et qui a été décrété deux jours après le titre X, ne contient aucune disposition semblable à l'article 383. Il faut en conclure nettement que les rédacteurs du Code n'ont pensé dans ce chapitre qu'aux enfants légitimes et qu'il ne s'applique expressément qu'à eux seuls.

Pour méconnaître cette vérité très simple, un grand nombre d'auteurs ont argumenté faussement du silence de la loi pour admettre tantôt la tutelle légale, tantôt

la tutelle dative, alors surtout que l'argument analogique sera à ce sujet véritablement impossible.

La question est donc très embarrassante. On peut se trouver dans la nécessité de pourvoir de bonne heure un enfant naturel d'un tuteur. Car tandis que pour l'enfant légitime la tutelle ne s'ouvrira en principe que par la mort de l'un des époux (art. 390), elle s'ouvrira théoriquement, pour l'enfant naturel, non seulement du vivant d'un de ses parents légalement connus, mais du vivant même des deux. En principe la tutelle, du moins quant aux biens, commencera pour l'enfant naturel dès l'époque même de sa naissance.

On conçoit pourtant que cette tutelle puisse rester longtemps virtuelle. Outre qu'on semble peu porté à recourir à une organisation qui n'est pas expressément prévue par la loi, la puissance paternelle sur la personne suffira souvent complètement — en l'absence de biens appartenant en propre à l'enfant — pour protéger le seul intérêt actuel qui concerne le mineur, c'est-à-dire son éducation. On ne songera à organiser la tutelle de l'enfant que lorsque l'intérêt s'en fera sentir. Or, jusqu'à la mort de ses auteurs, l'enfant aura rarement un patrimoine propre et des intérêts pécuniaires à sauvegarder, le premier événement qui rend un mineur propriétaire étant en général la mort d'un de ses parents. On parviendra ainsi à éviter la néces-

sité de la tutelle avec son mécanisme compliqué et la dualité de direction des intérêts généraux de l'enfant qu'elle pourrait faire naître. Mais il arrivera d'autres fois, au contraire, que l'enfant aura des biens avant la mort de ses parents. Appelés à d'autres obligations comme à celles qui dérivent du mariage, ces derniers auront cherché, par exemple, à acquitter leur devoir de sollicitude à l'égard de l'enfant, ou bien celui-ci aura reçu une libéralité d'un étranger.

Tôt ou tard d'ailleurs, malgré le silence de la loi, il faudra se préoccuper d'organiser la tutelle des enfants naturels. En tentant de déterminer, en l'état de la législation, quelle tutelle il importe de donner à ces enfants pour la gestion de leurs biens du vivant de leurs père et mère, et pour la direction de leur personne et de leur patrimoine après la disparition de leurs parents, nous n'oublierons pas qu'il n'appartient ni aux auteurs ni aux tribunaux de faire, à proprement parler, la loi. Nous chercherons seulement à combler la lacune du Code en limitant nos emprunts à la législation positive d'une manière strictement conforme aux principes. Ce n'est pas à dire pour autant que nous devons négliger toutes préoccupations de raison et d'équité. Mais celles-ci auront plus libre cours lorsqu'il s'agira, dans une autre partie de notre étude, de déterminer en cette matière le sens de l'intervention législative.

CHAPITRE II

Système de la tutelle légale.

Un système admis par une doctrine et une jurisprudence importantes (1) donne la tutelle légale aux père et mère naturels, par analogie avec la solution de la loi relative aux père et mère légitimes. Ce système applique donc l'article 390 étendu par ana-

(1) Citons parmi les auteurs : Delvincourt, *Cours de code civil*, t. I, p. 269 ; Vazeille, *Du Mariage*, t. II, p. 478 ; Chardon, *Puissance paternelle*, n^{os} 89 et suiv. ; Magnin, *Des Minorités*, I, 52 ; Taulier, *Théorie du code civil*, II, p. 22 ; Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 537 ; Aubry et Rau, *Cours de code civil*, 4^e édition, t. VI, p. 213. — Et parmi les arrêts : Colmar, 24 mars 1813 (D.-J. G., v^o minorité n^o 686, et paternité n^{os} 526 et 543). — Grenoble, 21 juillet 1836 (D.-J. G., v^o minorité n^o 636, S. 37, 2, 471). — Douai, 13 février 1844 (D., 45, 2, 152, S. 44, 2, 79). — Douai, 22 juillet 1856 (S. 57, 2, 33). — Poitiers, 5 mai 1858 (D. 59, 2, 122, S. 58, 2, 420). — Caen, 22 mars 1860 (S. 60, 2, 610). — Poitiers, 1^{er} août 1870 (D. 71, 2, 56, S. 71, 2, 214). — Alger, 17 mars 1875 (S. 75, 2, 176).

logie, et de plus tous les articles suivants jusqu'à la section II (1). En outre, il admet complémentaiement l'application de cette dernière section, et des sections IV et suivantes jusqu'à la fin du chapitre II.

D'après cette doctrine, l'un des parents, le père, décide-t-on généralement, doit être, à défaut d'administration légale, investi de la tutelle légale, du vivant des deux auteurs de l'enfant, s'ils sont tous deux légalement connus. Si la reconnaissance n'en concerne qu'un seul, celui-là sera le tuteur légal. Des difficultés, presque semblables à celles qui concernent la garde de l'enfant, pourront s'élever si la reconnaissance du père a lieu après celle de la mère : faudra-t-il déposséder celle-ci de la tutelle légale ? On l'admettra souvent par analogie avec ce qui se passe pendant le mariage, le père seul ayant alors sur les biens de l'enfant le droit d'administration légale dont la tutelle légale ne sera guère ici que le succédané. Et cependant cette dépossession ne sera pas acceptée par tous : il y aura des contestations au sujet desquelles on sera

(1) Toutefois le père ne serait pas autorisé à nommer à la mère un conseil spécial de tutelle conformément à l'article 391 pour le motif que la loi ne lui a pas donné d'autorité légale sur la mère de l'enfant (Aubry et Rau, *Cours de code civil*, 4^e édition, t. VI, p. 213).

tenté de recourir au tribunal civil considéré généralement comme compétent pour donner une solution nécessaire en de telles circonstances.

Enfin la tutelle légale appartiendrait au survivant des parents légalement connus de l'enfant naturel.

Ce système prétend s'appuyer sur des considérations de théorie et de pratique : « La tutelle des enfants appartient par suite de la puissance paternelle au père et à la mère de l'enfant naturel reconnu ; car les dispositions du code civil et celles du droit de la nature les instituent les protecteurs nés de cet enfant (1). »

Voilà la raison théorique à l'appui de laquelle on argumente des dispositions contenues dans les articles 158, 159, 383, 405, 765, qui n'ont avec la question qu'un rapport extrêmement indirect. On a recours au surplus à des considérations historiques. « Si, dit-on, dans le droit féodal coutumier, l'autorité publique intervenait toujours dans la nomination des tuteurs, si toutes les tutelles étaient datives, si toutes étaient données par le juge après avoir pris l'avis des parents des mineurs, il n'est pas douteux que le législateur, dans l'ensemble du système adopté par le Code pour

(1) Grenoble, 21 juillet 1836 (S. 37, 2, 471, D. 37, 2, 157).

la tutelle légale des père et mère, s'inspirant du droit écrit appuyé sur des raisons moins soupçonneuses, plus analogues à la nature, n'ait eu d'autre pensée que de mettre la loi écrite en harmonie avec la loi naturelle (1). »

Il y a, enfin, une raison pratique résultant d'une observation des faits, ce qui paraît la rendre singulièrement forte. Quels individus seront plus capables que les parents de témoigner à l'enfant de l'affection, de la sollicitude et du dévouement ? Le caractère de sa naissance ne détruira pas ordinairement l'immensité d'affection que la nature met au cœur des parents pour leur descendance ; et il semble bon par suite de leur confier, alors qu'ils ont déjà des droits précieux sur la personne du mineur, les attributions de la tutelle qui n'est qu'une sorte de droit d'administration légale, aux facultés restreintes et aux garanties augmentées pour l'enfant. Et cette confiance dans l'affectueuse sollicitude des parents sera d'autant mieux fondée que la reconnaissance de l'enfant se sera normalement produite d'une façon spontanée de leur part.

(1) Poitiers, 1^{er} août 1870 (S. 71, 2, 214, D. 71, 2, 56).

Le texte cité de cet arrêt est manifestement emprunté à un passage du discours du rapporteur au Tribunat, passage qui, d'après Taulier (*Théorie du code civil*, t. II, p. 19) se rapporterait peut-être aux père et mère naturels.

Ce sont là, sans doute, des considérations décisives au point de vue rationnel ; et elles devraient l'emporter absolument, si elles avaient véritablement à leur appui d'autres textes que ceux que l'on cite. Ceux-ci, en effet, sont impuissants à permettre d'instituer une tutelle légale sans la déclaration expresse de la loi.

Et d'abord l'influence des articles 158 et 159 doit être nulle en notre matière. Ce n'est même point, en vérité, à raison de la puissance paternelle que les enfants légitimes eux-mêmes ont besoin du consentement de leurs père et mère pour se marier, consentement qui est à la fois une protection pour leurs intérêts essentiels et une consultation respectueuse à l'égard de leurs auteurs (1). Ne sont-ils pas tenus, en effet, de requérir ce consentement, non seulement pendant leur minorité, mais encore après leur majorité, c'est-à-dire à une époque où ils sont affranchis de la puissance paternelle ?

L'article 383 n'est pas plus probant. Il détermine seulement et d'une manière limitative les droits des parents naturels sur la *personne* de leur enfant.

Quant à l'article 405, il paraît bien, sans doute, écarter de prime abord le système rival, qui veut appliquer la tutelle dative, du vivant des parents de l'en-

(1) V. en ce sens les motifs de la loi. Locré, *Leg.*, IV, p. 487 et 585.

fant naturel. Il n'admet, en effet, cette dernière tutelle que lorsque l'enfant « restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père ou mère... » comme aussi lorsque le tuteur se trouvera exclu ou excusé. Mais cet article ne consacre pas pour autant le système de la tutelle légale. Des auteurs, comme Demolombe (1), n'hésiteront même pas à se servir arbitrairement de son texte pour étayer leur système de la tutelle dative de l'enfant naturel. A leur avis, ces mots de la loi : « lorsque l'enfant restera sans père ni mère » s'interpréteront en ce sens : « lorsque l'enfant restera sans père ni mère *légitimes* ». Nous l'avons déjà dit, c'est argumenter d'une façon fantaisiste du silence de la loi, laquelle, dans tout ce chapitre, n'a eu en vue que la seule tutelle des enfants légitimes.

Enfin on conçoit sans peine que les dispositions concernant la matière des successions ne puissent suffire à faire admettre la tutelle légale de l'enfant naturel.

C'est donc en vain qu'on cherche, pour étayer ce premier système, un appui dans des textes étrangers au chapitre de la tutelle. De ce que le législateur a donné aux père et mère naturels certains droits sur la personne de leurs enfants et sur leur succession, il n'en résulte pas qu'il ait établi par là la tutelle légale de ces parents sur leurs enfants. La loi accordait bien

(1) *Cours de code civil*, t. VIII, n° 385, p. 283.

aux père et mère légitimes des droits sur la personne de leurs enfants et sur leur succession, et cependant elle a édicté une disposition spéciale et expresse au sujet de cette tutelle légale : *a fortiori*, aurait-elle cru devoir faire de même au sujet des enfants naturels.

D'autre part, l'article 390 établissant la tutelle légale au profit du seul survivant des père et mère légitimes, « après la dissolution du mariage », ne peut prêter aucun appui au système que nous combattons ici. Il ne fait que déterminer l'époque à laquelle s'ouvre la tutelle légale de l'enfant légitime, proposition clairement démontrée par le rapprochement de cet article avec le précédent qui établit le droit d'administration légale au profit du père pendant le mariage.

Dans ces conditions, on ne pourrait dire : cette tutelle légale n'est formellement créée et réglée par aucun texte, mais aucun non plus ne l'exclut, et ceci suffit pour l'admettre. Car, pour suppléer au silence du législateur, on invoquerait vainement le droit naturel, en prétendant que la tutelle des père et mère est une protection aussi nécessaire à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime, et que la loi a dû mettre ces tutelles sur la même ligne. Nous savons, en effet, tout ce qu'on peut déduire des principes du droit naturel : la nécessité d'une protection des intérêts de l'enfant en l'absence de l'administration légale que n'ont pas les parents de l'enfant naturel — c'est-à-dire la nécessité

d'une tutelle. Mais en quelle forme ? Mais quelle tutelle ? Voilà la question. Or il est bien évident qu'on ne peut fonder une tutelle légale sur le droit naturel, sous peine de commettre une hérésie juridique. L'analogie ne suffit pas ici. Si on applique parfois aux père et mère naturels des textes supposant le mariage, c'est qu'on y est en quelque sorte conduit forcément par d'autres textes exprès. Ainsi fait-on au sujet des articles 203 et 374 dont l'application, par exemple, est entraînée nécessairement par l'observation de l'article 383. Or ici, rien de pareil. Et il est contestable qu'on puisse appliquer par analogie le système de dévolution des différentes tutelles, charges dont la loi a prévu la destination et le mode d'institution.

Reprenant un ordre d'idées que nous avons déjà adopté au sujet de l'administration légale des biens de l'enfant, nous dirons que la tutelle légale, quoique cela paraisse, n'est pas une suite nécessaire de la puissance paternelle. Si cette tutelle et cette puissance ont une étroite affinité, si, en fait, il convient peut-être normalement de les réunir parce qu'on réalise une unité de direction toujours désirable et qu'on atténue un peu ce qu'a d'étrange l'institution d'une tutelle durant la vie des deux parents, elles se distinguent néanmoins. La tutelle légale est une sorte de diminutif du droit d'administration légale ; or, nous avons dit que le législateur distinguait ce droit de ceux

qu'ont les parents sur la personne de leurs enfants. Pas plus que le droit d'administration légale, la tutelle légale n'est inséparable des attributs de la puissance paternelle : le survivant des père et mère restera investi de cette puissance, en même temps que la tutelle pourra passer en d'autres mains par suite d'excuse, de refus, de convol ou de destitution.

Si, normalement, le survivant des père et mère légitimes a la tutelle légale en même temps que les droits sur la personne de l'enfant, c'est que la loi lui donne *expressément* cette tutelle. Le système du Code se coordonne même parfaitement. La tutelle légale n'est que la continuation toute naturelle de l'état de choses qui existait pendant le mariage. Cette tutelle succède à la gestion qui avait été confiée au père par la loi, et, comme on l'a souvent dit, ce n'est pas sans intention que les articles 389 et 390 lient, par leur rapprochement comme par leurs termes, deux dispositions qu'il est impossible de séparer sans méconnaître l'unité de pensée qui a présidé à la rédaction de la loi. Quoi de plus naturel que le père, administrateur légal pendant le mariage, continue, à la dissolution de ce mariage, la gestion des biens de l'enfant, en qualité de tuteur ? Il en est de même pour la mère. Devenue veuve, les charges du mariage, par conséquent l'administration des biens de l'enfant mineur, passent de son mari à elle. En résumé, la mort qui sépare les deux époux ne

fait que transporter sur la tête du survivant les droits et les devoirs du chef de famille, dans des conditions plus appropriées à la situation.

Or la loi n'a pas fait de même dans la famille naturelle. Le Code est muet, et son silence interdit d'attribuer aux parents naturels aussi bien la tutelle légale que l'administration légale.

Qu'importe, après cela, que la loi en classant les différentes tutelles de l'enfant légitime, ait placé en première ligne la tutelle des père et mère ? — Qu'importe aussi que l'on appelle parfois cette tutelle légale exercée par le survivant des parents légitimes : tutelle naturelle, parce qu'on prétend qu'elle est déférée par la nature, et que la loi ne la crée pas, mais la consacre seulement ? Ceci est presque un argument de mots. L'indication que la nature peut fournir à ce sujet au législateur a besoin d'être expressément acceptée et sanctionnée par la loi positive, celle-ci pouvant rejeter les prescriptions qui ne sont pas imposées d'une façon inéluctable par la nature. Cette tutelle ne peut donc appartenir qu'aux individus auxquels la loi l'attribue expressément. Une tutelle de droit implique une très grande confiance du législateur. Elle doit être instituée par un texte formel : et il ne suffit pas de dire qu'en se servant d'expressions se rapportant à la famille légitime qui est la famille normale, le législateur n'a pas voulu pour autant exclure la famille natu-

relle de cette institution. Il faudrait le prouver, aussi bien pour l'administration légale que pour la tutelle légale, l'analogie entre les deux familles étant loin d'être suffisante (1).

On ne peut donc d'aucune façon conclure du silence de la loi en faveur du système de la tutelle légale de l'enfant naturel. Il est encore plus chimérique d'invoquer des intentions du législateur, qui, à ce sujet, n'apparaissent nulle part, et des précédents historiques vraiment peu concluants. Où trouve-t-on la preuve qu'en consacrant différentes tutelles aux enfants légitimes, la loi ait voulu se rapprocher plutôt de la législation écrite que du droit coutumier? Son système d'ensemble, très insuffisamment justifié dans les discussions préparatoires, est à la fois plus compliqué que la plupart des règles suivies dans les pays de droit écrit, plus rigide d'autre part que la législation ordinaire des coutumes : on ne le rencontre exceptionnellement qu'à Blois, dans l'an-

(1) On fait observer parfois que des textes particuliers (décret du 19 janvier 1811 reproduisant les dispositions de la loi du 15 pluviôse an XIII) ont réglé la tutelle des enfants naturels non reconnus, en les plaçant sous la tutelle des hospices. De ce qu'il n'a été établi de règle spéciale que pour ces derniers, n'est-il pas évident, dit-on, que les enfants naturels reconnus sont restés sous l'empire de la loi commune? — Dans une certaine mesure, sans doute. Mais la loi civile n'ayant pas parlé d'eux, il s'agit précisément de déterminer quelles sont celles de ses dispositions que l'on peut leur étendre en l'absence de textes.

cienne France, et l'on peut dire que son caractère est essentiellement spécial dans sa généralité.

L'organisation des tutelles était du reste très confuse dans l'ancien droit (1). Au sujet de celles des enfants légitimes eux-mêmes, les coutumes étaient extrêmement variées, indécises et vagues. Dans le nord de la France la tutelle dative jouait un très grand rôle : le tuteur, même testamentaire ou légitime, avait besoin, dans la plupart des coutumes, de la confirmation du juge. C'est cette intervention salutaire et parfois très étendue des autorités locales qui explique le sens de l'adage qu'« en France toutes tutelles sont datives. » Le Midi lui-même ne resta pas étranger à l'application de cette règle (2), bien que, sans doute, la théorie ro-

(1) Voir Viollet. *Histoire du Droit civil français*, p. 541 et suiv.

(2) Si l'on veut risquer quelque indication d'ensemble, on peut dire que, dans les pays de droit écrit, la tutelle légitime, c'est-à-dire appartenant de droit à un parent désigné à l'avance, était dévolue à la mère *non remariée*, puis à un ascendant (aïeul ou aïeule), enfin au collatéral héritier présomptif.

La tutelle légitime de la mère ne paraît pas y avoir été assujettie à la nécessité d'une confirmation du juge : « Nous ne reconnaissons proprement de tutelle légitime, dit de Boutaric (dans les *Institutes de l'empereur Justinien, conférées avec le droit français*, p. 87. Toulouse, 1757), que celle qui est déférée à la mère. Il ne faut pour celle-ci ni assemblée de parents, ni confirmation du juge, la mère est tutrice de plein droit. » Adde, le passage suivant du discours du tribun Leroy au Corps législatif (Loché. *Leg.*, t. VII, p. 274) : « Cette disposition ne fait que rappeler ce qui était en vigueur dans la

maine ait passé plutôt dans nos pays de droit écrit, en y subissant inévitablement des altérations et en y recevant dans l'application de grandes diversités de détail.

Le droit romain avait d'ailleurs des principes tout à fait originaux. L'enfant illégitime suivait, on le sait, la condition de sa mère. Il naissait *sui juris*, la *patria potestas* étant à Rome l'apanage exclusif des mâles. Pour ses intérêts pécuniaires, alors qu'il était incapable de les surveiller lui-même, on lui donnait un tuteur en principe dès sa naissance, mais en fait, paraît-il plutôt, dès que des biens lui advenaient (arg. des lois, 3. C. *quando mulier tutelæ*... v. 35 et 4 C. *de confirm. tut.* v. 29). Il ne pouvait y avoir de tutelle testamentaire, puisque l'enfant n'avait jamais été soumis à la *patria potestas*. D'autre part, la tutelle des agnats était impossible, l'enfant n'en ayant aucun lors de sa naissance; on ne la conçoit qu'à l'époque tardive où fut admise l'adrogation des impubères. C'était donc le magistrat qui désignait le tuteur. Toute personne s'intéressant à l'enfant pouvait deman-

portion de France régie par le droit écrit, et où la mère était préférée à tout autre, sans qu'il fût même besoin du respect du prince voulu par les lois romaines. Dans la France coutumière les mères ne pouvaient être tutrices qu'autant que, sur un avis des parents, elles étaient agréées par le juge. Cette précaution était humiliante pour les mères. »

der cette nomination, et plus tard la mère dut agir dans ce sens sous peine de déchéances successorales (L. 2, § 1. D., *qui petant tut. vel cur.*, xxvi, 6).

Le magistrat avait une très grande liberté dans le choix du tuteur ; il pouvait même confier la tutelle au père s'il était connu ; mais seul l'empereur, à l'époque classique, pouvait, en vertu de son *imperium*, relever la mère de son incapacité de remplir la charge de la tutelle qui était un *munus publicum* (L. 18. D. *de tutelis*, xxvi, 1). A la longue, le simple lien du sang fut reconnu suffisant pour donner toute une série de droits. Du jour où, à l'encontre de l'ancienne conception de la *patria potestas*, on tint compte davantage de la nature et de l'affection, les règles que nous avons rappelées se modifièrent. Le père fut appelé à participer à la nomination du tuteur de son enfant, tout au moins lorsque celui-ci était issu d'un concubinat. Il put désigner dans son testament un tuteur de son choix pourvu qu'il ait laissé quelque chose à l'enfant ; ce tuteur devait être confirmé par le magistrat (L. 7, pr. D., *de confirm. tut.*, xxvi, 3). La mère put nommer, elle aussi, un tuteur à son enfant qu'elle avait institué héritier ; une enquête était nécessaire pour que son choix fût sanctionné. Une confirmation identique, après enquête, fut admise à l'égard du tuteur donné par un étranger, pourvu que celui-ci ait procuré, par une institution de

l'enfant, les seuls biens que l'impubère possédât. C'était dans ces deux derniers cas, l'application des règles générales. (L. 2, D. *de confirm. tut.* xxvi, 3; L. 4. C. *de testam. tut.* v. 28; L. 4, D. *de confirm. tut.* xxvi, 3; L. 69, § 2. D. *de legat.* xxxi).

On sait que le tuteur n'était chargé que des intérêts pécuniaires de l'enfant; c'était le prêteur qui, suivant le droit commun, désignait la personne paraissant le plus digne de donner les soins personnels à l'enfant, et, sans doute, c'était souvent à la mère naturelle qu'il confiait ces devoirs de garde et d'éducation (1).

Avec Justinien, les droits de la famille naturelle priment désormais ceux de la famille civile. Aussi une innovation importante s'introduit-elle en matière de tutelle. La mère et la grand'mère peuvent être appelées à être tutrices, *secundum hereditatis ordinem* et sous certaines conditions (nov. 118, c. 5). Nous voyons donc ici, à défaut de tuteur testamentaire, une

(1) L'enfant naturel, devenu pubère, recevait un curateur dans les mêmes conditions que tout autre mineur de vingt-cinq ans *sui juris*. Le magistrat pouvait, ici encore, choisir le père naturel. La mère ne pouvait être chargée de la curatelle, *munus publicum*.

Il n'y avait pas de curatelle testamentaire; toutefois, une désignation du père ou de la mère pouvait être une indication pour le magistrat.

vocation de la mère et de l'aïeule à une sorte de tutelle légitime qu'il faut étendre au moins à l'enfant né *ex concubinato*.

Toutes ces règles du droit romain sont les précédents des tutelles admises dans le droit écrit ; on y trouve même peut-être une des origines de ce *jus dandi tutoris* des magistrats, si en honneur dans l'ancienne France qu'il était presque généralement admis au moment de la Révolution.

Or, il est difficile de trouver, dans l'ancien droit, des textes se rapportant spécialement à la tutelle de l'enfant naturel. Denisart nous dit pourtant que « la mère est tutrice légitime de son fils bâtard, de même que la mère légitime l'est de ses enfants (1). » Mais cette affirmation nous paraît d'une généralité extrêmement hasardée pour l'ensemble des coutumes. Quand on veut se rappeler que le bâtard, au moyen âge, se trouvait comme émancipé, placé hors de toute famille ; que par suite, jusqu'au xiv^e siècle environ, il était assimilé au serf ; quand on songe que plus tard la justice remplit, dans son intérêt (2), un rôle très large de

(1) *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*. T. IV, v^o Tutelle, p. 780, 7^e édition (1771).

(2) « L'éducation de l'enfant *bâtard* est ordinairement déferée à la mère, à l'exclusion du père, attendu que, conformé-

contrôle et d'investigation, et que, pour l'enfant légitime lui-même, la tutelle n'appartint à la mère, dans les pays de droit écrit, qu'à *la condition qu'elle ne fût pas remariée*, on a peine à croire que la mère naturelle ait été désignée à l'avance et de droit dans toute la France comme tutrice de son enfant. L'autorité devait sans doute intervenir souvent pour l'investiture de la mère naturelle, même dans les pays de droit écrit, où, selon de Boutaric, elle ne contrôlait pas celle de la mère légitime.

Et puisque les textes explicites nous font défaut et que nous en sommes réduit ici aux conjectures, nous croyons que la règle coutumière, que « toute tutelle est dative », règle de défiance et de précaution, se justifiait plus particulièrement, sans aucun doute, au sujet de l'enfant naturel.

Il faut donc une bonne volonté prévenue pour voir, dans le silence du Code, une tendance du législateur

ment aux lois romaines, ils suivent l'état et la condition de leur mère.

« Cependant la règle sur cette matière est de considérer l'intérêt de l'enfant et de confier son éducation à celui des père et mère en qui la justice a le plus de confiance.

« L'intérêt de l'enfant étant le motif déterminant de cette confiance, lorsque la justice craint de le donner à l'un et à l'autre, elle prend un parti mitoyen en ordonnant que l'enfant sera mis dans un couvent jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge. C'est ce qui a été jugé par sentence rendue au Châtelet le jeudi 27 juillet 1758, pour l'éducation d'un enfant naturel. » (Denisart, *loc. cit.*, t. II, v^o Bâtard, p. 299, n^{os} 35, 36, 37.)

à reproduire, au sujet de l'enfant naturel, une tutelle légale qu'on affirme trop absolument avoir découvert dans le droit écrit, alors que le système d'ensemble du Code est très particulier, et que, dans sa confusion, la législation de l'ancienne France paraît avoir été bien éloignée d'une dévolution légale, rigide et précise, de la tutelle aux parents de l'enfant naturel.

En résumé, la tutelle légale, en l'état de notre code civil, ne peut être étendue à l'enfant né hors mariage. Nous croyons que c'est la conséquence d'une négligence plutôt que d'une défiance du législateur. Et même, en recherchant la réforme à entreprendre pour compléter sur ce point les dispositions du Code, nous aurons à nous demander s'il n'y aurait pas lieu d'attribuer cette tutelle aux parents de l'enfant naturel. Nous aurons spécialement à examiner si, le Code s'étant montré très large, trop large sans doute, dans l'octroi à ces parents des droits sur la personne de leur enfant, on ne devrait pas mettre la loi d'accord avec elle-même par la concession à ces mêmes parents de la tutelle légale qui, elle, ne semble pas, certes, présenter les mêmes dangers (1).

(1) Nous avons critiqué ici la base du système de la tutelle légale admis en dehors d'un texte législatif. Nous examinerons plus loin quelques difficultés de détail que ce système soulève en pratique dans le silence de la loi et qui lui sont communes avec le système de tutelle dative fonctionnant généralement.

CHAPITRE III

Systeme de la tutelle testamentaire.

Ce système ne peut guère apparaître que comme un corollaire du système de la tutelle légale. Aussi quelques partisans de cette dernière doctrine admettent-ils avec logique que la mère ou le père survivant a le droit de nommer à l'enfant naturel un tuteur testamentaire (1). De plus, les législations étrangères qui, en assez grand nombre, consacrent le système de la tutelle légale, donnent aussi aux parents naturels le droit

(1) V. Taulier. *Théorie du Code civil*, t. II, p. 22. Aubry et Rau, 4^e édition, t. VI, p. 214, texte et note 17. Zachariæ. *Droit civil français*, § 571, texte n° 5.

V. dans Dalloz. J. G., v° Minorité, § 693, un arrêt du tribunal d'appel de Paris du 17 thermidor an X, d'après lequel la mère naturelle ne pourrait plus réclamer la tutelle si elle avait accepté le tuteur nommé par le père. Il est évident que dans la famille légitime le simple consentement de la mère au choix du tuteur fait par le père ne l'empêcherait pas de réclamer la tutelle à quelque époque que ce fût. Nous avons rappelé, pour sa seule étrangeté, cet arrêt antérieur à la rédaction du code civil.

de désigner un tuteur testamentaire à leur enfant (1).

« Le droit individuel de choisir un tuteur parent ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère ». Ainsi s'exprime l'article 397 de notre code civil. Mais nous savons que le législateur n'a pensé, dans tout le chapitre II du titre X, qu'aux enfants légitimes, de sorte que ce texte n'apporte aucune solution à la question. Celle-ci ne présente, d'ailleurs, aucune difficulté sérieuse. Laurent (2), qui étend le droit d'administration légale aux parents naturels et qui le laisse même à un seul d'entre eux, reste dans la logique de son système en décidant que le dernier mourant des père et mère pourra nommer un tuteur testamentaire. Pour lui, l'analogie avec la famille légitime est évidente. « Si, dit-il, l'on permet au père légitime de nommer un tuteur à son enfant, à plus forte raison faut-il donner ce droit au père naturel. L'enfant légitime, alors qu'il n'a pas de tuteur testamentaire, a des ascendants, une famille, qui prendront soin de lui, tandis que l'enfant naturel n'a personne, il est seul au monde. Et on veut que le dernier mourant de ses père et mère ne puisse pas dési-

(1) Le Code italien forme à ce sujet une exception peu explicable.

(2) Laurent. *Principes de Droit civil*, t. IV, p. 528 et 529.

gner l'ami qui sera le protecteur de l'orphelin ! On objecte qu'il n'y a pas de texte. Mais les partisans de la tutelle dative ont vraiment bonne grâce de nous opposer le silence de la loi, alors qu'ils créent un conseil de famille purement imaginaire et une tutelle dative que le texte repousse ».

Nous ne soutiendrons pas, on le verra, le système de la tutelle dative ainsi comprise; et, par conséquent, le reproche de Laurent ne nous émeut pas. Mais nous n'admettons pas davantage, en l'état actuel de la loi, la tutelle testamentaire de l'enfant naturel, pas plus que nous n'avons admis le système de la tutelle légale. Le législateur n'a donné aux parents naturels aucun droit d'administration des biens de leur enfant; ils ne peuvent, par suite, conférer aucun pouvoir du même genre à un étranger (1). Ne doit-on pas faire ici une application large de l'adage : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*? (2) Et

(1) La doctrine qui refuse la tutelle légale aux parents de l'enfant naturel et qui n'admet que la seule tutelle dative, est conforme avec elle-même, en refusant aux parents naturels le droit de désigner un tuteur (Nîmes, 15 février 1887. S. 87, 2, 172).

(2) Aussi, malgré le silence de la loi et la règle que les déchéances doivent résulter d'un texte exprès, s'accorde-t-on pour refuser le droit de nommer un tuteur testamentaire au parent légitime exclu ou destitué de la tutelle légale, et même, ce qui est plus contesté, à la mère qui a refusé la tutelle ou au père qui s'est fait excuser par suite d'infirmités ou d'acceptation de fonctions. Quand le dernier mourant des parents exerce la tutelle,

le fait pour la mère ou le père naturel d'être investi de la tutelle par le conseil de famille ne suffirait pas à leur permettre de désigner le tuteur testamentaire : ce droit ne peut appartenir à un tuteur datif.

Si l'on croit — contrairement à notre avis — que c'est par défiance et non par simple négligence que le législateur n'a pas accordé à la parenté naturelle la tutelle légale, on justifiera très aisément ce refus de la tutelle testamentaire auquel suffit à conduire le silence de la loi : les père et mère, dira-t-on, ne présentant pas de garanties sérieuses pour être tuteurs légaux, ne sauraient en offrir davantage pour désigner un tuteur par testament.

Une dernière question se pose : Devra-t-on permettre au moins au dernier mourant des parents naturels, titulaires des attributs de la puissance paternelle sur la personne de leur enfant mineur, de nommer un tuteur chargé exclusivement de lui succéder dans la tâche de prendre soin de l'éducation de l'enfant ? Nous avons dit que certains arrêts assez critiquables admettaient le système suivi dans l'ancien droit et auto-

il peut bien remettre en quelque sorte à une autre personne cette tutelle qu'il tient de la loi. Mais quand il ne l'a plus, il ne peut déléguer un pouvoir qui ne lui appartient plus et qu'on ne saurait, sans arbitraire, rattacher à sa puissance paternelle. D'ailleurs pourrait-il, sans l'appui d'un texte, destituer ainsi le tuteur en exercice ? Ce serait trop contraire à l'intention et à l'esprit de la loi.

risaient la nomination de deux tuteurs chargés, l'un, le tuteur *honoraire*, de s'occuper de la personne du mineur, l'autre, le tuteur *onéraire*, de prendre soin de ses biens (1). Est-il bien sûr, d'abord, qu'ayant consacré d'une façon fort explicite les différentes tutelles de l'enfant légitime, le Code n'a point condamné, par son silence, cette pratique de l'ancien droit, laquelle créerait une dualité de direction souvent regrettable? En tous cas, il nous semble impossible, en l'état des choses, d'étendre ce système à la famille naturelle et de permettre, par suite, au dernier mourant des père et mère, de remettre à un étranger ses seuls droits sur la personne de l'enfant mineur. A supposer d'ailleurs, ce qui est loin d'être sûr, qu'une pareille désignation soit valable pour l'enfant légitime, le droit de la faire paraît, du moins, ne devoir être reconnu qu'à l'individu ou à l'organe qui pourrait désigner un tuteur ordinaire. Il faut, dès lors, interdire à la parenté naturelle cette faculté de doubler les droits qui intéressent l'enfant. Par son esprit, le Code paraît bien n'accorder le droit de

(1) Rouen, 4 janvier 1880 (D. 83, 2, 155. S. 84, 2, 175). — Un arrêt de Dijon du 14 mai 1862 (D. 62. 2. 121. S. 62, 2, 460) admet la légalité d'une double nomination identique par le conseil de famille. V. aussi conf. Cass. Req., 14 décembre 1863 (D. 64. 1, 63. S. 64, 1, 21).

nommer un tuteur testamentaire quelconque (1) qu'aux parents ayant à la fois la tutelle légale de l'enfant et les attributs de la puissance paternelle sur sa personne. L'article 399 ne retire-t-il pas à la mère remariée et non maintenue dans la tutelle le droit général de choisir un tuteur aux enfants de son premier mariage? Or, pour nous, les parents de l'enfant naturel sont, en un certain sens, dans une situation analogue à celle de cette mère : ils n'ont pas la tutelle légale.

Evidemment ces parents pourront désigner les personnes parmi lesquelles ils désirent voir choisir le tuteur : l'agent nominateur de la tutelle pourra s'inspirer de cette indication souvent précieuse. Et, de fait, de pareilles désignations ne sont jamais absolument méconnues.

(1) En effet l'individu chargé, dans ces conditions, de la personne de l'enfant, serait bien un tuteur. Il ne saurait exercer de la même manière que les parents eux-mêmes les droits de correction et d'éducation de l'enfant, car il ne pourrait agir que comme tuteur, c'est-à-dire sous le contrôle du conseil de tutelle.

CHAPITRE IV

Impossibilité d'étendre à l'enfant naturel la tutelle des ascendants.

La tutelle des ascendants vient au troisième rang dans l'énumération des tutelles organisées par le code civil. Or, sans conteste, cette tutelle est inapplicable à la famille naturelle (1).

On sait que la loi a tout à fait restreint pour les enfants illégitimes le cercle de la parenté, et qu'ils ne se rattachent pas civilement aux ascendants de leur père et mère. La reconnaissance n'établit, en principe, aucune situation légale de parenté ou d'alliance entre l'enfant naturel et les parents ou alliés de l'auteur de la reconnaissance : c'est en ce sens qu'on dit de cet enfant : Il n'a point de parents (2).

(1) Cette tutelle de l'enfant naturel est communément écartée par les législations étrangères.

(2) Il semble qu'on ait tort de dire que si les liens de la parenté naturelle se cantonnent dans un cercle très étroit, c'est

La famille légale de l'enfant naturel est par suite très limitée : elle ne se compose en ligne ascendante que de son père et de sa mère légalement connus (1). Il ne saurait donc être question de cette autre tutelle légale que la loi confie à des ascendants plus reculés, puisque juridiquement l'enfant naturel n'en a pas.

parce que la reconnaissance résulte d'une décision judiciaire lui donnant entre les parties l'effet relatif de la chose jugée, ou bien parce qu'elle est le résultat d'un aveu qui ne peut avoir que des conséquences personnelles à celui dont il émane. Certainement, la reconnaissance dans les deux cas est personnelle ; et, si elle concerne le père, elle ne produit aucun effet à l'égard de la mère. Mais la reconnaissance émanée du père devrait établir invinciblement la filiation paternelle d'un bout à l'autre de sa parenté, depuis le père jusqu'au dernier de ses ascendants connus. Seulement la loi, qui est libre de ne faire produire des effets à la filiation que dans la mesure qui lui plaît, restreint la parenté légale au premier degré. Cette limitation n'est nullement une conséquence du caractère personnel de la reconnaissance ; elle n'a pas d'autre cause que la volonté de la loi.

(1) L'enfant peut être la source d'une nouvelle famille civile par sa descendance. — Toutefois on sait que pour de hautes raisons de convenance morale la loi étend quant au mariage aussi bien aux parents ou alliés illégitimes qu'aux légitimes les prohibitions et incapacités légales fondées sur le fait réel de la parenté ou de l'alliance.

CHAPITRE V

Système de la tutelle dative.

La tutelle de l'enfant naturel ne peut être ni légale, ni testamentaire. Elle peut encore moins être dévolue aux ascendants de ses père et mère. Elle devra être, dit-on, toujours dative. Cela est évident. Mais quelle sera cette tutelle dative ? Comment sera-t-elle constituée ? Beaucoup n'hésitent pas à répondre : elle le sera selon les termes du code civil. Cette tutelle doit être celle que notre législateur a instituée dans la section IV du chapitre II du titre X (1). La seule tutelle possible

(1) Citons parmi les auteurs favorables à ce système : Merlin, *Quest.*, v^o tuteur, § 4 ; Duranton, *Cours de Droit français*, III, 431 ; Valette, *sur Proudhon*, II, p. 290, n^o 8 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, VIII, 382 à 385 ; De Freminville, *de la Minorité*, I, 33 ; Demante, *Cours*, II, 138 bis ; Marcadé, *Eléments de Droit civil*, sur l'art. 390, n^o 2 ; Richefort, *Etat des familles*, II, 273 ; Girard de Vasson, *Revue critique*, 1857, XI, p. 363 ; Ballot, *Revue pratique*, 1858, V, p. 179 ; Beudant, *Cours de Droit civil français*, t. II, p. 439 et suiv. Un certain nombre d'auteurs ne se prononcent pas catégoriquement :

pour cet enfant sera donc déférée par le conseil de famille, et c'est en ce sens que nous emploierons les termes de tutelle dative, bien qu'ils puissent recevoir une acception beaucoup plus large. Nous entendons donc ici par tutelle dative la tutelle dative du code civil, celle qui est déférée par conseil de famille.

Telle est la thèse qui réunit le plus de suffrages, et elle est généralement admise d'une façon complémentaire par les partisans de la tutelle légale et de la tutelle testamentaire, en ce sens qu'à défaut de ces tutelles, ils conviennent de la nécessité de recourir à la tutelle dative par conseil de famille. Dans cette opinion, lorsque le père et la mère qui pourraient être successivement tuteurs légaux de l'enfant, ou lorsque le tuteur testamentaire choisi par le dernier mourant d'entre eux, auraient cessé leurs fonctions, on devrait organiser la tutelle dative.

Huc. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. III, p. 289; Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, I, 2580, Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 7^e édition, I, 1347, etc. — Signalons parmi les arrêts : Paris, 9 août 1811 (S. 11, 2, 475). — Amiens, 23 juillet 1814. (S. 15, 1, 361). — Grenoble, 5 avril 1819. (S. 20, 1, 368). — Voy. pour ces arrêts D. Jur. gen. v^o minorité n^{os} 687, 694 et 695. — Agen, 19 février 1830, (D. Jur. gén. v^o minorité, n^{os} 687, et 692. — (S. 32, 2, 58). — Lyon, 11 juin 1856. (D. 57. 2. 9. — S. 56, 2, 526). — Lyon, 8 mars 1859 (D. 59. 2. 141. — S. 60, 2, 431). — Rennes, 9 janvier 1867 (S. 67. 2. 135). — Nîmes, 15 février 1887 (S. 87. 2, 172). — Paris, 28 juillet 1892. (D. 92. 2. 544. S. 93. 2. 24. — Paris, 17 mars 1897. (D. 97. 2. 215).

Mais la doctrine qui admet cette dernière tutelle avec le plus d'intransigeance prétend qu'il faut y recourir du vivant des père et mère naturels. Pour elle, chaque fois qu'il y aura lieu d'organiser la tutelle, on devra le faire conformément à la section IV, en écartant, par conséquent, l'application des sections I, II et III de notre chapitre. Tous les systèmes cités jusqu'ici s'entendent, d'ailleurs, sur la nécessité d'observer le reste des articles du chapitre II.

Prenons donc la thèse de la tutelle dative de l'enfant naturel sous sa forme absolue qui est la plus caractéristique : par une analogie hardie, elle applique l'article 405 du vivant des père et mère à qui elle refuse la tutelle légale.

Et pourtant, selon l'article 405, il ne peut y avoir lieu à la tutelle dative que « lorsqu'un enfant restera sans père ni mère ». Or, par hypothèse, l'enfant naturel a encore ses père et mère légalement connus, ou l'un d'eux seulement. L'application de l'article est donc impossible.

Mais les partisans de cette doctrine ne s'inquiètent pas de l'objection. Nous avons déjà dit qu'ils donnent aux termes : « sans père ni mère » le sens : « sans père ni mère légitimes », ce qui les autorise, croient-ils, à étendre cette disposition aux enfants naturels. Or, c'est là une interprétation arbitraire. On la reconnaîtra sans fondement si l'on veut se

rappeler que le législateur, sans aucun doute, n'a eu en vue dans ce chapitre que les seuls enfants légitimes.

L'extension analogique de la tutelle dative à l'enfant naturel nous semble, d'autre part, juridiquement impossible. Est-il permis, d'abord, d'instituer en dehors des cas pour lesquelles elles ont été créées les différentes formes de tutelles, charges expressément prévues par la loi positive? Spécialement, il semble tout à fait inadmissible de constituer, en vue d'une tutelle, un conseil de famille, sans l'appui d'un texte exprès.

Enfin, même en tentant d'appliquer analogiquement la loi, on reste impuissant à former pour l'enfant naturel un conseil de tutelle semblable à celui que le Code établit pour l'enfant légitime. Il est impossible, on va le voir, de dire que le législateur a statué en matière de tutelle dative *de eo quod plerumque fit*, l'analogie, étant évidemment impossible à établir entre la situation civile de l'enfant légitime et celle de l'enfant naturel.

Nous allons démontrer sans peine ces impossibilités, de sorte que l'extrême assurance avec laquelle on émet le système que nous étudions ne devra pas nous faire illusion sur son insuffisance.

D'abord où est le texte d'après lequel le tuteur d'un enfant naturel serait nommé par un conseil de fa-

mille ? Il n'y en a pas. Et ce qu'il y a d'étrange à noter, c'est la forme d'un argument par lequel les partisans de cette doctrine repoussent le système rival de la tutelle légale. L'expression qu'ils lui donnent paraîtrait démontrer une fois de plus combien la tyrannie des mots est toujours dangereuse. Ces auteurs écartent la tutelle légale parce que, disent-ils, il ne peut y avoir de tutelle légale sans loi, et ils admettent sans hésitation, en l'absence d'un texte, une tutelle dative par conseil de famille. Mais s'il ne peut y avoir de tutelle légale sans loi, peut-il y avoir davantage, objectera-t-on, une tutelle dative sans loi ? Dans un certain sens la tutelle dative est aussi une tutelle légale, c'est une tutelle légalement dative, elle est en quelque sorte légale d'une façon médiate ; l'investiture du tuteur n'a lieu que par l'intermédiaire du conseil de famille ; mais elle a aussi sa source dans la loi qui la constitue expressément pour tels cas déterminés (1).

(1) L'obligation du tuteur, par exemple, est une obligation légale, qu'il ait été désigné par l'intermédiaire du conseil de famille ou directement par la loi. Cela est vrai surtout si la personne chargée de la tutelle avait été forcée de l'accepter. Si elle avait pu la refuser, son obligation résulterait d'un fait personnel et volontaire, par conséquent d'un quasi-contrat. Et pourtant, prévue et sanctionnée par la loi, celle-ci serait encore, dans un sens large, une obligation légale.

Ce qu'on a voulu dire sans doute, en s'exprimant d'une façon insuffisante, c'est qu'un texte est absolument nécessaire pour admettre la tutelle légale, parce qu'elle est une tutelle appartenant de droit à certaines personnes en qui la loi a une confiance exceptionnelle. Le législateur a accordé la tutelle légale au survivant des père et mère légitimes, comme il avait accordé l'administration légale au père durant le mariage. La loi gardant le silence au sujet de la famille naturelle, on ne peut admettre que les mêmes droits appartiennent aux parents naturels. Dès lors, pour combler la lacune de la loi en matière de tutelle de l'enfant naturel, il faut, veut-on dire sans doute, étendre à celui-ci la tutelle qui semble la moins exceptionnelle, celle qui, dans le code civil, paraît être de droit commun, c'est-à-dire la tutelle dative.

Ce raisonnement serait bon si l'argument d'analogie pouvait permettre l'extension dont on parle. Mais on rencontre, au point de vue juridique, des impossibilités insurmontables à l'admettre et à justifier, par suite, pour l'enfant naturel, ce système de tutelle dative. Il est déjà une difficulté très grave dont nous ferons l'examen approfondi dans le prochain chapitre : le conseil de famille est un organe tout à fait spécial ; il est présidé par un magistrat à compétence exceptionnelle. Ne faut-il pas dès lors un texte exprès pour légitimer sa formation ?

D'autre part, à supposer régulier le principe juridique de l'extension qu'on invoque, celle-ci est-elle vraiment possible ? L'enfant légitime a une famille civile ; au contraire l'enfant naturel n'en a pas, ou du moins elle se restreint à ses père et mère légalement connus. Lui seul pourra, par sa descendance, étendre sa famille légale.

Dès lors, comment organiser un conseil de famille à l'enfant naturel, lorsqu'il ne peut avoir de famille, ou plutôt, car cette formule est trop absolue, puisqu'il ne peut avoir qu'une famille évidemment insuffisante ? On déclare pourtant qu'il est possible d'écartier l'obstacle (1). Certes, la formation du conseil de famille ne peut s'effectuer conformément à l'article 407 ; mais on se rattache à l'article 409, et à défaut de parents on appelle des amis. Pour composer le conseil de famille on convoque donc des personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié avec le père et avec la mère. A leur défaut, des personnes honorables et charitables sont désignées par le juge

(1) Loiseau (*Traité des Enfants naturels*, p. 542) essaye de tourner la difficulté en prétendant arbitrairement que le Code parle des parents du père et de la mère, des parents *respectu patris aut matris*. La preuve, dit-il, c'est qu'à défaut de parents, il appelle des citoyens connus pour avoir des relations habituelles d'amitié avec *le père et la mère*. C'est simplement parce que l'enfant en bas-âge ne peut avoir d'amis capables de former un conseil de tutelle.

de paix qui, s'il le croit utile, choisit toutes ces personnes en dehors de la commune, contrairement au texte de l'article 409. La jurisprudence l'admet du moins pour le conseil de famille de l'enfant légitime.

En réalité, tout cela est absolument arbitraire et les partisans du système opposé de la tutelle légale ne manquent guère de le faire observer. On transforme pour la constitution d'une tutelle des éléments accessoires en éléments principaux et essentiels. Au lieu d'être simplement complémentaire, le procédé devient normal et prépondérant. Ce n'est que pour parfaire le nombre des membres d'un conseil, dans le cas où il n'y a pas un chiffre suffisant de parents, que la loi autorise le juge de paix à appeler les amis des père et mère. A la rigueur, si la famille de l'enfant légitime est trop peu importante, comme lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime d'enfant naturel, ou que cette famille a été accidentellement réduite, on pourra, s'inspirant de la pensée du législateur qui a déterminé, dit-on, la composition du conseil de famille, dans les articles 407 et 409, pour le *de eo quod plerumque fit*, constituer ce conseil exceptionnellement d'amis (1). Mais cet expédient empirique va devenir

(1) Est-on bien sûr d'abord de répondre à la pensée du législateur en composant, même dans ces situations exceptionnelles, un conseil exclusivement d'amis. Les garanties dont la loi se préoccupe toujours sont-elles assez ménagées, et ne de-

le mode de formation normale du groupe chargé des intérêts de l'enfant naturel ! Quel conseil ! Quelles garanties offrira-t-il pour le choix judicieux d'un tuteur, d'un subrogé-tuteur, et pour le rôle important qui leur reviendra ensuite ? N'est-ce pas abuser certainement d'une disposition déjà exceptionnelle que de la transformer en règle absolue, applicable d'une façon normale aux enfants naturels, c'est-à-dire à un nombre d'individus relativement considérable ?

On met de plus le juge de paix dans la nécessité d'exercer souvent son choix hors de la commune, c'est-à-dire de recourir à un moyen qu'autorise sans doute la jurisprudence, mais en tout cas extra-légal, contraire même au texte formel de la loi, par suite interdit et d'une application malgré tout regrettable.

Il est toujours dangereux d'étendre irrégulièrement la loi. Aussi, les résultats de la combinaison que l'on propose seront-ils le plus souvent bien peu satisfaisants. Malgré la perspicacité très nécessaire du juge de paix, le pseudo-conseil de famille de l'enfant naturel risquera fort d'être une réunion de personnes sinon hostiles, du moins indifférentes.

vrait-on pas recourir ici aux principes dont nous parlerons plus loin et qui peuvent servir à combler la lacune de la loi ?

Du Caurroy le montre très bien : « Si l'on peut concevoir que des personnes étrangères à la famille, mais connues pour avoir eu des relations d'amitié avec les deux conjoints et habitant la même commune, reportent sur les enfants qu'elles ont vu naître ou élever l'affection qui les attachait au père ou à la mère, il n'en est pas de même pour les enfants nés hors mariage. Sait-on bien, en pareil cas, ce que sont les amis de la mère? et d'ailleurs si le père et la mère sont inconnus, où trouvera t-on leurs amis? faut-il laisser au juge de paix le soin de composer une assemblée telle quelle, une assemblée qu'on appellera comme on le voudra, mais qui, en réalité, ne sera rien moins qu'un conseil de famille? — Un conseil de famille n'est en principe qu'une assemblée de parents. La préférence entre eux appartient au plus proche, ou s'il s'en trouve plusieurs au même degré, au plus âgé (art. 407). Ce sont là des règles dont l'application peut sans inconvénient être laissée au juge de paix parce qu'elles sont simples et positives; mais à défaut de parents la composition du conseil deviendrait purement arbitraire, et il serait impossible de comprendre que cet arbitraire fût abandonné, sans aucune responsabilité, au juge de paix (1) ».

(1) Du Caurroy, Bonnier et Roustain. *Commentaire du Code civil*, I. p. 416. — V. Portalis, *Exposé des motifs*. Loaré. *Leg.*, IV., p. 488 et 489.

On peut même penser que le législateur, s'il s'était prononcé au sujet de la tutelle de l'enfant naturel, n'aurait pas admis ici les mêmes règles que pour les enfants légitimes. Son intention paraît ressortir des dispositions qu'il a adoptées relativement aux enfants naturels. En matière d'autorisation de mariage, devant l'impossibilité d'un consentement émané de parents, l'enfant légitime, mineur de vingt et un ans, doit obtenir le consentement du conseil de famille (art. 160). Au contraire, l'article 159 exclut, dans la même situation, l'intervention de ce conseil pour l'enfant naturel. Celui « qui n'a point été reconnu, dit-il, ou celui qui après l'avoir été, a perdu ses père et mère ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu *le consentement d'un tuteur ad hoc qui lui sera nommé.* »

Ainsi la loi elle-même paraît avoir été défiante. Elle a craint qu'un conseil de famille d'enfant naturel, si toutefois ce conseil était possible, n'eût pas assez le sentiment de sa responsabilité. Elle a tenu à la fortifier en l'individualisant; et en la faisant peser tout entière sur une seule personne, le tuteur *ad hoc*, elle a pensé que les intérêts de l'enfant seraient mieux sauvegardés.

Du Caurroy montre encore qu'un enseignement

identique doit être tiré de l'article 361. La tutelle officielle, si l'enfant est légitime, nécessite la réunion du conseil de famille, à défaut du consentement des père et mère disparus. Mais si l'enfant n'a point de parents connus (et cette hypothèse s'applique à tous les enfants nés hors mariage), le conseil de famille sera remplacé par la municipalité du lieu où l'enfant réside (1).

Nous concluons avec Du Caurroy que « lorsque le Code s'occupe des enfants naturels, il écarte toujours l'idée de famille; et ceci explique pourquoi en réglant la composition d'une assemblée de parents et ses attributions, il n'a songé qu'aux enfants légitimes ». Nous dirons plus exactement encore : dans tout ce chapitre il ne paraît pas avoir pensé aux enfants naturels ; mais s'il eût voulu réglementer leur tutelle, ce n'aurait pas été, sans doute, en se servant du conseil de famille, rouage impossible à employer sérieusement avec la famille légale de l'enfant naturel.

Jusqu'à ces derniers temps, la Cour de cassation hésitait à admettre le système de la tutelle dative. En l'absence d'une jurisprudence ferme de sa part, les cours d'appels étaient très divisées sur cette question.

(1) Voy. Du Caurroy, Bonnier et Roustain. *Commentaire du Code civil*, I. p. 416.

Nous avons cité par ailleurs un certain nombre de leurs arrêts. Admettant tantôt le système de la tutelle légale, tantôt celui de la tutelle dative, elles s'opposaient des arguments multiples que nous avons indiqués à leur place dans la discussion. Mais si ces arguments permettaient de battre en brèche le système rival, parce que l'une et l'autre doctrine étaient défectueuses, ils étaient loin d'être suffisants et décisifs.

Par arrêt de principe du 16 novembre 1898, la Cour de cassation s'est enfin décidée à consacrer franchement le système de la tutelle dative. Mais ses hésitations ont été grandes, et le soin avec lequel elle a longtemps évité de se prononcer catégoriquement prouve la difficulté du problème. Pourtant quand une question est épineuse, doit-on en différer la solution, si celle-ci est d'une nécessité bien évidente (1) ?

Avant l'arrêt de novembre 1898, on aurait pu pré-

(1) Voyez la preuve d'une hésitation analogue dans un arrêt de la Cour de cassation de Genève du 28 février 1899 qui prend bien soin de ne pas préjuger la question de savoir si la mère d'un enfant naturel est légalement tutrice de son enfant mineur. Elle décide seulement qu'à défaut de tout autre représentant légal, la mère de l'enfant naturel puise dans sa seule qualité de mère et dans les obligations qui en découlent la faculté de se porter partie civile en réparation du dommage causé par un crime dont cet enfant a été la victime (S., 1899, 4, 16).

Voyez dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation française du 16 mars 1893 (D., 94, 1, 199).

sumer que la Cour suprême était plutôt favorable au système de la tutelle légale. Sans doute on ne pouvait, comme on l'avait fait quelquefois, se prévaloir d'un arrêt de la chambre des requêtes du 22 juin 1813 (1) : il prenait soin de déclarer lui-même qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la question de savoir si la mère naturelle était comme la mère légitime tutrice de droit de son enfant. C'est en vain aussi qu'on citait quelquefois un arrêt de la chambre civile du 31 août 1815 (2). Il s'agissait de savoir si une mère naturelle, en supposant qu'elle fût tutrice légale de son enfant, avait, comme l'avait jugé l'arrêt attaqué, perdu la tutelle pour s'être mariée sans avoir demandé au préalable au conseil de famille de la lui conserver. La chambre civile se prononçait affirmativement (3), mais sans préjuger la question de la nature de la tutelle, « abstraction faite, disait-elle de la question de savoir si la mère naturelle d'un enfant par elle reconnu est de droit tutrice de cet enfant ».

Toutefois, à la date du 20 avril 1850, la Cour de cas-

(1) Dalloz, J.-G. V^o Paternité n^{os} 492, 510, 555.

(2) Dalloz, J.-G. V^o Minorité n^o 695. — Un arrêt de la chambre des requêtes du 7 juin 1820 écartait de la même façon la question. Dalloz, J.-G. v^o Minorité n^o 694, note.

(3) Nous reviendrons sur cette question au sujet des difficultés que soulève la pratique. Elle se présente aussi pour la mère naturelle, tutrice dative de son enfant.

sation (1), par sa chambre criminelle, semblait bien accepter la thèse de la tutelle légale. Son arrêt admettait, au point de vue de l'application de l'article 350 du code pénal, que les parents ont la tutelle légale de leur enfant naturel. La question se posait de savoir si la mère naturelle qui abandonne son enfant dans un lieu solitaire encourait l'aggravation de peine infligée par la loi contre les tuteurs et tutrices coupables de cet abandon. La chambre criminelle se prononçait pour l'affirmative : « Attendu, disait-elle, que la mère naturelle d'un enfant reconnu est le seul appui et l'unique protecteur qu'il ait au monde ; qu'elle est, par conséquent, sa tutrice légale... » Cette décision consacrait donc accessoirement la doctrine de la tutelle légale de l'enfant naturel. Il était fort gênant pour les partisans de la thèse adverse de la tutelle dative : aussi chercha-t-on à contester sa valeur juridique. Dire de la mère qu'elle est le seul appui de son enfant et la seule protection qu'il ait au monde, ce n'est, prétendait-on, qu'un motif de droit naturel impuissant à entraîner la nécessité de la dévolution de la tutelle légale. Malgré ces observations, l'arrêt n'en subsistait pas moins. Aussi la critique impuissante à le faire disparaître essayait d'en torturer et d'en dénaturer le

(1) D. 50, 5, 217 ; S., 50, 1, 702.

sens (1). Il aurait mieux valu reconnaître purement et simplement que la chambre criminelle avait alors admis la thèse de la tutelle légale. Toutefois la question n'avait été qu'implicitement posée et la solution donnée ne se présentait pas avec le caractère de netteté et d'autorité qui convenait pour clore la controverse.

Depuis (2) la jurisprudence de la Cour de cassation

(1) « Cet arrêt... dit M. Girard de Vasson, n'a pas la portée qu'on lui donne. On abuse évidemment de l'un de ses motifs pour lui faire dire ce qu'il n'a jamais voulu dire dans son ensemble. Dans l'espèce de cet arrêt, on a pu, en donnant à la loi pénale une interprétation qui semble logique, mais qui n'est pas à l'abri peut-être du reproche d'arbitraire, mais en tous cas sans danger pour le droit civil, que la mère qui avait abusé de sa fille mineure pouvait trouver une cause d'aggravation de peine dans la protection, dans l'*espèce de tutelle légale* que lui conférait cette position donnée. Mais de là à juger que cette mère naturelle était tutrice légale dans le sens du droit civil, il y a loin, comme on le voit. Certes, la chambre criminelle, en donnant cette interprétation à l'article 350 du code pénal, n'a pas eu la prétention de trancher une question de droit civil. Si elle eût eu à s'expliquer sur une question de cette nature, il est à croire qu'elle se serait exprimée avec une plus rigoureuse précision de langage. Elle ne songeait pas à coup sûr à préjuger une question qui n'était pas dans sa sphère, et qui ne pouvait lui être soumise. Il faut donc renfermer cet arrêt dans sa portée restreinte, et on voit que cette autorité n'en est pas une pour la question qui nous occupe ». — *Revue critique de Droit*, 1857, XI, p. 366.

(2) Par un arrêt en date du 16 mars 1893, la Cour de cassation a jugé que la mère naturelle d'enfants par elle reconnus a qualité pour se porter partie civile en leur nom sans l'intervention du conseil de famille. Mais cet arrêt ne vise en rien la tutelle légale. Il considère que le devoir de protection dû par les pa-

a évolué visiblement dans un sens favorable à la tutelle dative. Déjà, par arrêt d'admission du 13 juillet 1857 (1), la chambre des requêtes préjugait que la mère naturelle n'avait pas la tutelle légale de l'enfant par elle reconnu (2).

rents aux enfants suffirait pour donner le droit à la mère naturelle de se porter partie civile au nom de ses enfants reconnus. C'est dans sa qualité de mère, et dans les obligations naturelles et légales qui en découlent, que la mère naturelle puisait ici sa faculté d'agir (D. 94, 1, 199).

Nous avons déjà cité en note un arrêt de la Cour de cassation de Genève du 28 février 1899 qui décidait la même chose en écartant précisément la question de la tutelle (S., 99, 4, 16).

(1) La chambre civile a-t-elle statué sur le pourvoi et dans quel sens ? Aucun recueil ne mentionne son arrêt. (Voyez pour l'arrêt d'admission la *Gazette des tribunaux* du 15 juillet 1857).

(2) Il semble bien qu'il faille écarter de cette discussion un arrêt de la chambre civile du 10 novembre 1896, statuant au sujet du domicile de la tutelle de l'enfant naturel. Nous le retrouverons dans l'étude de cette question. « Attendu, dit-il, que la loi n'a déterminé par aucun texte le moment où doit être constituée la tutelle des enfants naturels ; qu'elle a laissé soit aux parents qui les ont reconnus, soit aux personnes qui les élèvent, soit aux parties intéressées, soit enfin au juge de paix de leur domicile, le soin d'organiser cette tutelle, lorsque leur intérêt ou celui des tiers exige qu'ils soient représentés... » On a tiré argument des mots : organiser et constituer, et on a dit que si les parents qui ont reconnu l'enfant naturel en avaient la tutelle légale, celle-ci ne serait pas à organiser. Il nous semble que c'est là une erreur et que l'arrêt du 10 novembre 1896 ne décide nullement d'une manière implicite la question de la tutelle des enfants naturels. Si, en effet, on n'a pas dans la tutelle légale à désigner le tuteur, puisque son choix est fait par la loi, il y a lieu, toutefois, d'organiser et de constituer la tutelle pour qu'elle puisse valablement fonctionner. Aussi réunit-on

Enfin la question se posait récemment devant la Cour de cassation nettement dégagée de tout élément de fait permettant d'en éviter la solution. Voici l'arrêt qu'a rendu la Cour le 16 novembre 1898 (1). « Sur le moyen unique pris de la violation des articles 392, 405, C. civ. et 7 de la loi du 20 avril 1810 ; — Attendu qu'il n'y a de tutelle légale que celle qui est instituée par la loi ; — Attendu qu'aucune loi n'a organisé la tutelle des enfants naturels ; que si l'art. 390, C. civ. organise la tutelle légale du survivant des père et mère après la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux, il résulte de ces termes mêmes que ce texte ne vise que les enfants légitimes ; que la tutelle légale des enfants naturels ne dérive

pour cela un conseil de famille chargé de désigner le subrogé-tuteur dont le contrôle sur le tuteur est légalement nécessaire. De virtuelle qu'elle était, la tutelle légale devient effective du jour où on l'organise, c'est-à-dire ordinairement du jour où des intérêts exigent que le mineur soit réellement représenté. En fait, même dans la famille légitime, cette organisation n'a lieu souvent que du jour où elle est nécessaire. *A fortiori* en sera-t-il de même dans la famille naturelle, où, très fréquemment, l'enfant n'aura pas de biens à l'origine ; et on peut ainsi fort bien justifier dans l'hypothèse de la tutelle légale du père ou de la mère du mineur naturel les expressions : organiser ou constituer la tutelle. — (Voyez l'arrêt dans D. 1899. I, 209. — S. 1897, I, 321).

(1) D. 99, I, p. 218. — S. 99, I, 24.

Voir les observations de M. le conseiller rapporteur Lepelletier sous l'arrêt, dans le *Dalloz périodique*, *loc. cit.*

d'aucun principe de droit et paraît même avoir été exclue des prévisions du législateur qui, par l'art. 383 C. civ., n'a accordé aux père et mère de l'enfant naturel par eux reconnu l'exercice de la puissance paternelle qu'en la restreignant au droit d'éducation, leur refusant l'administration et la jouissance légale de ses biens ; qu'il ne peut donc y avoir pour les enfants naturels qu'une tutelle dative, conférée à qui bon lui semble par un conseil de famille, ainsi que le prescrit l'art. 405, C. civ., pour les enfants légitimes restés sans père ni mère ; — Attendu qu'en le décidant ainsi et en rejetant, par suite, la demande de Loir tendant à faire déclarer que la reconnaissance par lui faite de la mineure de Brie l'avait investi de plein droit de la tutelle légale de ladite mineure, la cour de Caen, dont l'arrêt est d'ailleurs expressément motivé, n'a violé aucun des articles visés par le pourvoi ; — Par ces motifs, rejette. »

Ainsi la question était tranchée en faveur de la thèse de la tutelle dative, malgré le danger et l'impossibilité logique d'assimiler la situation de l'enfant naturel en cette matière à celle de l'enfant légitime. Quelle que soit la valeur de cette doctrine contre laquelle nous avons antérieurement formulé nos critiques, cet arrêt paraît bien devoir déterminer désormais la jurisprudence. C'est donc surtout cette tutelle dative dont nous étudierons le fonctionnement à la fin

de notre étude, quand nous nous placerons au point de vue de la pratique actuelle. Mais les difficultés qu'elle soulève prouvent combien l'application de ce système arbitraire est difficile en fait.

CHAPITRE VI

Système qu'il convient d'adopter en l'état actuel de notre législation.

Rappelons, en les groupant, une série de déductions déjà indiquées.

Le mariage présentant en principe, pour le législateur, toutes les garanties nécessaires à l'enfant, le code civil a sanctionné les indications de la nature quant aux parents légitimes : il leur a accordé des droits très larges sur la personne et les biens de leur enfant. Il fallait certainement ici l'intervention de la loi pour créer des obligations précises et positives. La nécessité de protéger les incapables, tel est, en effet, le seul principe de droit naturel qui semble dominer impérieusement notre matière, et qui, même dans le silence de la loi, paraît s'imposer d'une manière absolue, universelle et inviolable (1).

(1) Cpr. au sujet de l'application du droit naturel : Rolland de Villargues. Dissertation (S. 13, 2, 19).

Sans doute la nature conseille bien de confier normalement l'éducation et la protection de l'enfant aux parents. Aussi les droits que le législateur leur reconnaîtra à ce sujet découleront-ils, en un certain sens, du droit naturel. Ils constitueront des conséquences du principe que nous avons posé, et comme des prescriptions d'un droit naturel secondaire, qui auront besoin cependant d'être confirmées par la loi (1).

Les devoirs et les droits juridiques des parents à l'égard de leurs enfants ne s'imposent donc pas d'eux-mêmes, dans le silence des textes, par le seul fait de la procréation, comme principes irréductibles de droit naturel. Il appartient au législateur, dans l'intérêt de l'enfant et dans l'intérêt social, de contrôler les garanties que présente l'union des parents ; et, par suite, il lui est loisible d'étendre ou de restreindre la mesure des droits et des devoirs *positifs* qui concernent leurs rapports avec l'enfant, d'en régler le détail et d'en diriger l'exercice (2).

(1) A vrai dire, en dehors de toute disposition positive, il restera toujours aux parents une obligation morale de protection de l'enfant. « Le seul fait de génération est, au point de vue moral, un principe de droits et de devoirs entre les parents et l'enfant. » Demante, *Cours de Code civil*, I, 284 bis. — Adde Portalis, *Exposé des motifs*. Locré, *Lég.* IV, p. 448, n° 16.

(2) Un système social qui retirerait les enfants dès leur jeune âge aux parents pour les remettre à la garde de la société

Or, dans la famille naturelle elle-même, le législateur a donné aux parents légalement connus des droits sur la personne de l'enfant naturel, et il n'a guère pu faire autrement, les liens qui rattachent la *personne* de l'enfant aux parents, étant très étroitement établis par la nature. Mais il a gardé le silence au sujet des droits de ces parents sur les biens de l'enfant ; et, dès lors, on ne peut leur reconnaître le droit d'administration légale que le Code attribue à l'un des membres de la famille légitime, parce que le mariage est une garantie très sérieuse.

L'enfant pourtant doit être protégé autant dans ses biens que dans sa personne ; et, à défaut d'administration légale, il faut songer à recourir à cette institution plus générale qu'est la tutelle. Mais sous quelle forme ? On s'entend bien pour écarter la tutelle des ascendants, puisque l'enfant naturel n'en a pas. En dépit d'un grand nombre d'arrêts et d'un fort parti de la doctrine, la tutelle légale ne peut non plus être attribuée aux parents naturels : elle implique, autant que l'administration légale, une confiance catégorique du législateur ; et, à ce sujet, celui-ci a encore gardé le silence. Si la tutelle légale doit être écartée, il en est

serait sans doute maladroit et dangereux. Il se conformerait cependant au principe de protection de l'enfance, qui résulte du droit naturel, et il ne paraîtrait pas, dès lors, aller à l'encontre de ses prescriptions fondamentales.

logiquement de même de la tutelle testamentaire. Reste la tutelle dative du code civil. Or, malgré l'opinion dominante, il paraît bien qu'elle soit inapplicable à l'enfant naturel, l'analogie, nous l'avons montré, n'existant pas ici suffisamment entre l'état de cet enfant et celui de l'enfant légitime, et la constitution d'un conseil de famille étant par suite dangereux, sinon même impossible.

Mais de ce qu'on ne peut recourir pour les enfants naturels aux différentes tutelles expressément réglementées par la loi civile pour les enfants légitimes, il ne s'ensuit pas, comme on l'a quelquefois prétendu, que les enfants naturels ne pourront jamais être soumis à aucune espèce de tutelle, hormis celle d'une nature administrative qui est dévolue aux établissements d'assistance publique. Il doit être possible d'organiser avec les principes de la loi civile une tutelle des enfants naturels. Ce sont ces principes qu'il ne faut pas méconnaître, loin de compléter le texte insuffisant de la loi par une interprétation analogique absolument dangereuse. Ce n'est qu'au législateur qu'il appartient, avec une liberté *absolue*, de corriger les imperfections de la loi et d'en combler les lacunes.

Certes une théorie juridique doit être, souvent, mobile et changeante ; il lui faut s'inspirer des besoins variables du vitalisme ambiant, et cela d'autant plus librement que, dans le silence des textes, la

mission de l'interprétateur est plus large. Mais si on ne risque pas ainsi de s'immobiliser dans un cercle étroit de règles factices et rigides, qu'on se garde d'un autre écueil ! Il faut respecter autant que possible les principes résultant manifestement de l'ensemble de la législation ; c'est le moyen d'assurer une certaine fixité d'interprétation et d'empêcher qu'on ne fasse, à chaque instant, la loi avec un arbitraire faussement excusé par de prétendues raisons d'analogie, d'équité ou de circonstances.

Le Code n'ayant organisé aucune tutelle pour l'enfant naturel, il convient, pour la constituer, de recourir au tribunal de première instance qui est la juridiction ordinaire de droit commun.

Le principe de sa compétence générale est incontestable. La base en est dans l'article 4 du titre IV de la loi des 16, 24 août 1790 et dans la loi du 11 avril 1838.

On pourrait objecter, il est vrai, que cette compétence de droit commun ne doit s'entendre que de la juridiction contentieuse, et non de la juridiction gracieuse. Mais, à l'examen, cette proposition n'est pas soutenable. Elle n'est guère défendue d'ailleurs, en dehors du dissentiment de M. Berriat Saint-Prix (1)

(1) *Traité sur le Code de procédure civile*, t. I, p. 28. Note 43.

qui a admis un caractère exceptionnel pour la juridiction de la chambre du conseil, laquelle, d'après cet auteur, ne pourrait statuer que dans les cas où elle serait compétente de par un texte exprès. Mais alors, à quelle juridiction générale devrait-on recourir, en cas de nécessité, lorsqu'il serait impossible de s'adresser, en matière gracieuse, à une juridiction exceptionnelle? Ce ne pourrait être au juge de paix, car c'est une des notions les plus élémentaires de notre organisation judiciaire que ses fonctions sont extraordinaires, et doivent toujours s'appuyer sur un texte législatif exprès. Ce ne pourrait être non plus au tribunal de première instance jugeant au contentieux, car il ne peut, en aucun cas, être saisi de la connaissance des matières de juridiction gracieuse. Or, il importe évidemment d'avoir une juridiction gracieuse de droit commun, sinon on se heurtera à de graves inconvénients. Chaque fois, par exemple, que la loi n'aura pas spécialement et textuellement conféré à une institution le droit d'autoriser les incapables ou du moins leurs représentants quand ils n'ont pas le pouvoir d'agir librement, quelle autorité interviendra pour donner l'autorisation nécessaire? Le père légitime, par exemple, administrateur des biens de son enfant, peut faire seul tous les actes d'administration sans exception; mais il semble bien ressortir du mot « administrateur » employé par l'article 389, qu'il ne

peut faire que ces actes et non ceux de disposition (1). Sans cela ses pouvoirs, qui ne sont déjà soumis à aucun contrôle ne deviendraient-ils pas démesurés ? Or, s'il faut admettre l'existence d'une juridiction de droit commun en matière gracieuse, il est logique de l'attribuer au tribunal civil statuant en chambre du conseil. Sa compétence en affaires de cette nature est établie expressément par un grand nombre de textes. « Quand il s'agit de la juridiction gracieuse, dire que la chambre du conseil doit refuser son intervention dans tous les cas où elle n'est pas formellement exigée par la loi, ne serait-ce pas méconnaître une nécessité pratique qui résulte précisément de ce point, admis par tout le monde, que la loi jusqu'à présent n'a pas pris soin de définir d'une manière complète et méthodique les cas de compétence de la chambre du conseil ? Ici l'utilité devient la raison souveraine parce qu'il s'agit d'affaires où..... la mission des magistrats

(1) Ceci, à vrai dire, n'est pas admis par tous. Il est des auteurs qui considèrent les décisions judiciaires autorisant le père à faire des actes de disposition comme des décisions d'espèces intervenant parce qu'on les avait sollicitées. Mais ne serait-ce pas contraire à la nature de la juridiction gracieuse qui ne doit intervenir qu'en cas de nécessité constatée et non bénévolement d'une façon facultative et capricieuse ? — Et comment avec ce système empêcher les abus de pouvoirs du père, qui sont déjà fort à craindre de ce fait que la délimitation des actes d'administration et de disposition est pratiquement délicate ?

se borne en définitive à un rôle de surveillance et de protection (1) ».

Même si la réunion d'un conseil de famille paraissait possible, on ne devrait y recourir que si un texte formel l'autorisait. La compétence de ce conseil semble, en effet, d'une nature aussi exceptionnelle que celle du juge de paix qui le préside. Et c'est pour cela qu'à notre avis, le tribunal d'arrondissement devrait nommer les tuteurs *ad hoc* dans tous les cas étrangers à celui de l'article 968 du code de procédure civile qui exige la nomination de ce tuteur par le conseil de famille. Il est vrai que la pratique est ordinairement contraire à notre opinion : chaque fois qu'une désignation de tuteur *ad hoc* doit se produire, sauf dans le cas de l'article 2208 C. civ. qui en exige la nomination par le tribunal, on recourt au conseil de famille. C'est ainsi que le tuteur *ad hoc*, chargé, dans la situation prévue par l'article 158 C. civ., de consentir au mariage de l'enfant naturel, est effectivement choisi par une réunion qu'on appelle conseil de famille, mais qui ne se compose que d'amis, c'est-à-dire, le plus souvent, d'indifférents. Cette pratique ne nous semble pas conforme à la vraie doctrine, voilà tout (2) !

(1) Bertin. *Chambre du conseil en matière civile et disciplinaire* (2^e édition), t. I, p. 13.

(2) On devrait encore écarter l'intervention du conseil de famille, parce que la loi ne lui a pas accordé expressément com-

D'ailleurs, en nous plaçant à un point de vue très général, les tribunaux civils ne sont-ils pas essentiellement les gardiens des droits individuels et spécialement de ceux des incapables? N'est-ce pas, par exemple, en s'appuyant sur cette appréciation large de leur mission que les tribunaux intervenaient, même avant la loi du 24 juillet 1889 (1) et en dehors des hypothèses de l'article 335 du code pénal et de la loi du 7 décembre 1874, pour régler ou restreindre l'exercice de la puissance paternelle, lorsque les parents abusaient de celle-ci et mettaient en péril l'intérêt de l'enfant matériellement ou moralement? (2) A vrai dire, cette jurisprudence se heurtait à cette grande règle d'interprétation qu'une déchéance ne

pétence, quand il y a lieu, en cas de déchéance du père de la puissance paternelle, de nommer un tuteur par application de la loi du 24 juillet 1889, c'est-à-dire lorsque la mère sera morte ou déchue elle-même, ou que, sans avoir encouru la déchéance, elle n'aura pas été déclarée maintenue dans l'exercice de la puissance paternelle. Ici encore, c'est le tribunal civil qui devrait nommer le tuteur. *Non obstat* la formule de la loi : « la tutelle sera constituée dans les formes du droit commun. » (Art. 10). C'est-à-dire ici du droit civil, par opposition, à la tutelle de l'assistance publique (art. 11). — Voir une opinion en ce sens dans Allain et Carré. *Manuel encyclopédique des juges de paix* (6^e édition), t. I, p. 605.

(1) On se demande même si cette jurisprudence n'a pas survécu, dans ce qu'elle avait de plus extensif par rapport à la loi du 24 juillet 1889.

(2) Voir par exemple : Cass. 27 janvier 1879 (D. 79. 1. 223. S. 79. I. 464).

peut être prononcée sans un texte formel. Mais ce qui faisait loi ici, c'était une évidente nécessité de protection ; et l'on pouvait même invoquer l'esprit de notre système législatif. N'est-il pas dans les vues des rédacteurs du Code que la puissance paternelle, instrument de protection, ne devait pas devenir démoralisatrice ?

Il semble bien, en effet, que les magistrats doivent servir de protecteurs à l'enfance dans certaines situations spéciales où celle-ci n'en a pas reçu formellement ou suffisamment de la loi. Et c'est ainsi que les tribunaux sont encore intervenus dans la famille naturelle au sujet de la direction de la personne de l'enfant (1). Ce sont eux qui peuvent mettre fin aux conflits s'élevant entre les parents. La loi n'a-t-elle pas expressément confié à ces tribunaux le soin de régler dans certains cas l'exercice de la puissance paternelle ? Les articles 240, 302 et 303 du code civil font-ils autre chose ? N'est-il pas possible de voir dans ces textes la simple application d'une règle générale à suivre toutes les fois qu'il y a nécessité ? C'est s'en remettre à l'arbitraire des tribunaux ! dira-t-on. Mais comment évi-

(1) En l'absence de textes, quel organe autre que le tribunal civil tranchera les conflits qui s'élèveront, même dans la famille légitime, entre la mère remariée, maintenue dans la tutelle et le second mari cotuteur, qui géreront la tutelle conjointement et sans prééminence de l'un sur l'autre ? Il est vrai qu'en pratique on prétextera souvent l'urgence pour aller devant le président jugeant en référé.

ter cet arbitraire, en cas de nécessité et devant le silence de la loi? Il faudra approuver ici, semble-t-il, l'intervention de la justice quand elle se justifiera par les circonstances et ne se traduira pas par des mesures extravagantes. Il nous a suffi, d'ailleurs de rappeler le rôle des tribunaux civils dans ces questions étrangères à notre étude.

En résumé, la seule autorité qui, conformément aux vrais principes et au système général de notre législation paraît dans notre cas légalement compétente, et nous pouvons même ajouter — sauf à justifier bientôt notre expression, — utilement compétente, pour organiser la tutelle de l'enfant naturel, c'est le tribunal d'arrondissement. Il y a une lacune de la loi, et dans son silence, c'est le tribunal qui doit être appelé à statuer pour écarter les difficultés pratiques qui en dérivent.

Du Caurroy (1) veut que le tribunal choisisse un conseil de famille qui désignera le tuteur. Pourquoi le tribunal ne choisirait-il pas directement le tuteur? Laurent (2) semble presque aboutir à cette dernière conclusion; mais on sait que cet auteur admet, bien à tort, croyons-nous, que l'administration légale doit être étendue par analogie à la famille naturelle; après

(1) Du Caurroy, Bonnier et Roustain. *Commentaire du Code civil*, t. I, p. 417.

(2) Laurent. *Principes du Droit civil français*, t. IV, p. 529.

la disparition de l'un ou de l'autre des parents, ou des deux, et quand seulement l'intérêt de l'enfant l'exige, il conclut à la nomination d'un tuteur *ad hoc* par le tribunal civil. Cette situation nous semble dangereuse par son inconstance, son défaut de sécurité et de netteté. Nous n'admettons pas l'extension de l'administration légale à la famille naturelle; et nous pensons que le tribunal devra désigner à l'enfant un tuteur à mission générale, nomination qui théoriquement devra être faite à la naissance de l'enfant, mais qui ne se produira en fait que lorsqu'il aura des biens à gérer (1).

Quels seront les pouvoirs de ce tuteur de l'enfant naturel dont la nomination nous semble devoir être faite par le tribunal ?

L'application des principes ne permet guère de donner la solution de toutes les difficultés de détail que soulève la constitution d'une tutelle. Il est difficile de combler sérieusement, par ce seul moyen, les lacunes de la loi; et c'est surtout par là que celles-ci sont regrettables. Aussi devons nous recourir nous-même à l'argument d'analogie en l'employant toutefois avec une extrême prudence. S'il est absolument

(1) M. Baudry-Lacantinerie ne nous semble pas très éloigné d'adopter cette solution dans son *Précis de Droit civil*, 7^e édition, t. I, p. 1347.

nécessaire de faire des emprunts aux dispositions de la tutelle de l'enfant légitime, il faut les faire en ménageant le plus possible les principes.

Y aura-t-il d'abord un subrogé-tuteur dans cette tutelle de l'enfant naturel? Le tuteur sera-t-il contrôlé dans sa mission par un organe spécial? « Dans toute tutelle, dit le code civil, il y aura un subrogé-tuteur » (art. 420). Si le texte n'ajoutait aussitôt que celui-ci sera nommé par le conseil de famille, on n'éprouverait aucune hésitation à étendre cet article à la tutelle de l'enfant naturel. Pourtant, malgré sa dernière prescription dont le caractère est plutôt accidentel, ce texte a quelque chose de si général qu'il ne faudra pas hésiter à l'appliquer, sauf à l'adapter à la situation. La nécessité d'un subrogé-tuteur est dans toute tutelle une règle élémentaire, presque préétablie par le droit naturel. Il faut qu'une gestion complexe et continue comme celle d'un tuteur soit constamment contrôlée. Le tribunal peut suffire pour la tâche simple, quoique essentielle, qui consiste dans la nomination d'un tuteur; il peut encore jusqu'à une certaine mesure, se charger sur lui d'un contrôle. Mais il serait incapable, même avec l'aide du Parquet, d'exercer à lui seul une surveillance de tous les jours sur les actes d'un tuteur. Les tuteurs *ad hoc* seuls, par suite du caractère restreint de leur mission, sont soustraits à la surveillance du subrogé-tuteur; mais

également affranchi d'un pareil contrôle, le tuteur de l'enfant naturel serait — abstraction faite de la question difficile de l'étendue de ses droits d'administration — dans une situation identique à celle du père légitime administrateur légal des biens de son enfant. Il n'y aurait qu'une garantie nouvelle : celle de l'hypothèque légale qui doit évidemment frapper les biens du tuteur. On voit que, avec cette seule restriction, ce serait établir là entre deux situations bien différentes une analogie dangereuse pour les intérêts de l'enfant. Il importe donc qu'on désigne, après le tuteur, un subrogé-tuteur. Il ne saurait être question de le faire nommer par un conseil de famille qu'il est impossible d'instituer sérieusement pour l'enfant naturel. C'est le tribunal civil qui sera chargé du choix du subrogé-tuteur, comme il doit déjà l'être, selon nous, de la nomination du tuteur.

— La nécessité de la subrogé-tutelle établie, il faut se demander quels seront les pouvoirs du tuteur sur les biens qui lui sont confiés.

Sa tâche, cela est de toute évidence, ne devra être que celle d'un administrateur. Mais comment régler cette administration ? Devra-t-on — ce qu'on soutient généralement, dans le silence de la loi, pour le père administrateur légal — diviser les actes concernant le patrimoine de l'enfant en deux catégories, et dire que le tuteur de l'enfant naturel pourra faire seul

tous les actes *d'administration*, c'est-à-dire ceux qui sont destinés à conserver et à faire fructifier les biens, mais qu'il se verra interdire les actes de *disposition*, autrement dit des actes d'aliénation ou autres équivalents comme les constitutions d'hypothèque ? Pourtant, si des actes de disposition sont nécessaires, devra-t-on admettre rigoureusement qu'ils seront impossibles ? Nous avons déjà dit que la jurisprudence décide d'ordinaire et sagement que ces actes de disposition pourront être faits par le père administrateur légal, avec l'autorisation du tribunal civil (1). Cela contribue même, on le sait, à asseoir

(1) Il faudrait critiquer, avons nous dit, une doctrine d'après laquelle le tribunal ne donnerait son autorisation que parce qu'elle est sollicitée, et qui ne considérerait pas celle-ci comme nécessaire pour que le père puisse faire des actes de disposition. Voir en ce sens un arrêt de la Cour d'Amiens du 1^{er} mars 1883 (S. 84, 2, 41. D. 84, 2, 150) et un jugement du tribunal de la Seine du 27 avril 1882 (S. 82. 2, 207).

Il y a un système qui admet une exagération inverse. Le père, en tant qu'administrateur légal, serait assujetti aux mêmes obligations que le tuteur, toutes les fois que la loi exige soit l'autorisation du conseil de famille, soit à la fois et cette autorisation et l'homologation du tribunal. Ainsi un jugement du tribunal de Villefranche du 12 mars 1887 (S. 87, 2, 117) a admis l'extension par analogie des textes de la tutelle au père administrateur légal. Ce système, qui pourrait s'appuyer sur les articles 953 C. pr., 2126 C. civil, et indirectement sur les art. 776 al. 2., 838 et 1718, semble toutefois bien supérieur à celui qui admettrait le père administrateur à faire sans autorisation des actes de disposition.

Un système mixte, auquel on pourrait reprocher son arbi-

cette thèse logique que le tribunal civil a la juridiction de droit commun en matière gracieuse. Que décider pour le tuteur de l'enfant naturel ? La loi étant muette, on est conduit à lui reconnaître aussi une mission d'administration générale et sans entraves, les actes de disposition lui étant interdits, sauf pour lui à se procurer l'autorisation du tribunal. Eh bien, même avec cette restriction de l'autorisation néces-

traire, admet la nécessité de l'autorisation de justice dans tous les cas où l'intervention de cette dernière est imposée au tuteur, le père pouvant d'ailleurs faire seul sans aucune autorisation les actes pour lesquels le tuteur est obligé de consulter le conseil de famille. Or, parmi ces derniers actes, il en est qui sont de disposition, comme l'aliénation d'un meuble corporel du mineur dont la valeur ne dépasse pas 1,500 francs (loi du 27 février 1880, art. 1 et 2).

Que décider en définitive ?

La question est extrêmement embarrassante. La distinction, si délicate soit-elle, des actes en actes de disposition et actes d'administration semble encore la plus logique dans l'insuffisance d'analogie des situations du père de famille et du tuteur. Malgré Laurent (*Principes du Droit civil*, IV, p. 414 et suiv.) qui dénie aux tribunaux, en l'absence de textes, le droit d'autoriser un administrateur à aliéner, parce que le propriétaire seul peut aliéner, il faut bien, devant la nécessité et pour l'intérêt de l'enfant, permettre aux tribunaux civils d'autoriser, s'il y a lieu, des actes de disposition qui, d'autre part, faits sans leur contrôle, pourraient être la cause d'une compromission de la fortune de l'enfant.

L'utilité de ce contrôle est très réelle par suite de la gravité des actes de disposition; aussi un système admet-il qu'en dehors des textes exprès les pouvoirs du tuteur à l'égard de ces actes doivent encore être limités de la même façon que ceux du père administrateur légal.

saire, en cas de disposition, il nous semble impossible d'assimiler les pouvoirs du tuteur de l'enfant naturel à ceux du père administrateur légal, à cause des dangers qui résulteraient de la conception flottante de l'étendue de ses droits.

Ces pouvoirs seraient plus larges que ceux du tuteur de l'enfant légitime, et spécialement du survivant des parents, tuteur légal. Cette tutelle de l'enfant naturel serait aussi libre que l'administration légale du père légitime. Est-ce logique, alors surtout que ce dernier droit n'a été, sans doute, concédé si largement par le législateur qu'en considération du mariage toujours existant? Pourquoi le tuteur de l'enfant naturel aurait-il le privilège d'une aussi large confiance alors qu'il ne présente pas évidemment les garanties morales du père légitime administrateur légal? Force nous est donc d'admettre ici l'application analogique des règles complexes et protectrices que la loi a édictées au sujet de la tutelle de l'enfant légitime, et dire qu'un tuteur d'enfant naturel pourra accomplir les mêmes actes qu'un tuteur d'enfant légitime à condition de remplir les formalités diverses imposées à ce tuteur. Les dispositions du Code communes au fonctionnement de toutes les tutelles qu'il a prévues ont d'ailleurs un caractère évident de généralité qui nous facilite leur emploi par analogie.

Mais alors, pour appliquer analogiquement la loi,

ne va-t-il pas être nécessaire de former un conseil de famille, puisque le code civil exige son autorisation dans un certain nombre de cas ? Du Caurroy déclare l'intervention d'un conseil de famille indispensable ; il songe à le faire nommer par le tribunal. Or nous avons déclaré la constitution d'un conseil de famille, semblable à celui qui fonctionne dans la tutelle de l'enfant légitime, dangereuse et même impossible dans la situation légale résultant, pour l'enfant naturel, de la législation présente. D'ailleurs, si nous admettions la nécessité de ce conseil que l'on s'efforcerait de constituer avec plus ou moins de conformité aux dispositions de la loi, quelle différence séparerait notre système de celui de la tutelle dative ? Le seul désaccord porterait sur la nature de l'agent nominateur du tuteur et du subrogé-tuteur : pour nous, ce doit être le tribunal ; pour l'autre système, ce serait le conseil de famille. En réalité le procédé ne différerait guère. L'innovation paraîtrait sans grand résultat, bien que la nomination par le tribunal du tuteur et du subrogé-tuteur de l'enfant naturel nous semblât déjà, outre la correction du système, beaucoup plus tutélaire que si elle était faite par une réunion d'indifférents ou de parents des pères et mère haineux et hostiles.

En un mot, la réunion d'un conseil de famille pour l'enfant naturel ne nous semble pas seulement con-

traire à la loi, elle nous paraît encore imprudente et souvent dangereuse. Et c'est pour ce motif, autant que parce que les institutions exceptionnelles, comme le conseil de famille présidé par le juge de paix, ne s'étendent pas d'un cas à un autre, que le tribunal nous a paru devoir être chargé, en qualité de juridiction gracieuse de droit commun, de la nomination du tuteur et du subrogé-tuteur. Nous ajoutons maintenant : c'est encore ce tribunal qui devra prendre la place du conseil de famille, impossible pour l'enfant naturel, là où son intervention durant la tutelle était ordonnée par la loi. Ce tribunal ne gardera donc pas seulement son rôle étroit d'homologation ; il recevra aussi, comme le conseil de famille de l'enfant légitime, la large mission d'autoriser le tuteur et d'exercer la police de la tutelle (1).

En résumé, il conviendra d'appliquer par analogie les textes du Code, tout en leur faisant subir les retranchements et les adaptations faciles qui sont rationnellement commandés par les conditions spéciales de cette tutelle de l'enfant naturel.

(1) C'est lui qui devrait être chargé de prononcer l'émancipation de l'enfant naturel resté sans père ni mère dans le cas des articles 478 et 479. Le rôle du tribunal serait le même en matière de curatelle qu'en matière de tutelle.

C'est au tribunal civil qu'il appartiendrait, selon nous, de nommer le protuteur et le subrogé-tuteur dans le cas de l'article 417.

CHAPITRE VII

Solution législative qui semble préférable.

Il faut nous demander, à présent, de quelle façon il importerait de combler rationnellement la lacune du Code au sujet de la tutelle des enfants naturels. Comme nous nous posons, cette fois, la question au point de vue d'une initiative législative, nous avons pour la résoudre une latitude beaucoup plus grande qu'au moment où nous cherchions le système à appliquer en l'état actuel de la loi. Il ne s'agit plus que d'indiquer le sens d'un complément éventuel de législation, et c'est la raison seule qui doit maintenant nous guider librement.

Nous devons envisager la question dans une double situation.

Comment organiserons-nous la tutelle du vivant d'un des parents de l'enfant, ou même des deux, puisque nous n'admettons pas l'extension du droit d'administration légale à la famille naturelle ?

Comment, en second lieu, régler cette tutelle après la disparition des parents ?

I

Nous croyons qu'il serait bon d'étendre à l'enfant naturel le système de la tutelle légale.

On pourrait l'établir de cette façon : la tutelle appartiendrait de préférence au père ; à défaut du père, à la mère. Si la reconnaissance du père intervenait alors que la mère, connue légalement la première, était investie de la tutelle, celle-ci passerait aux mains du père. Cette dévolution serait fondée sur une prééminence des droits du père, imitée de celle qui lui est reconnue dans la famille légitime. Qu'on ne s'étonne pas trop du caractère provisoire que pourrait prendre la tutelle légale de la mère ! On rencontre déjà semblable nature de tutelle dans la législation présente : En cas de disparition du père légitime, la mère étant décédée, l'article 142 du code civil crée une tutelle dative déférée par le conseil de famille... aux ascendants les plus proches (anomalie qui ne s'explique guère que par un défaut de concordance dans le système de la loi), ou à un tuteur provisoire, en attendant que le père reparaisse (1). Or, ne peut-on pas assimi-

(1) La mère légitime survivante, investie d'une tutelle légale, devra, si elle se remarie et est maintenue dans la tutelle

ler à un absent le père naturel non légalement connu ? Qu'y aurait-il d'extraordinaire à ce que la mère fût chargée de détenir provisoirement la tutelle et de la restituer au père, s'il venait à être légalement connu ?

Mais, au lieu de cette solution fondée sur la prééminence des droits du père, on en peut concevoir une autre. Il est possible d'admettre, en effet, que les deux auteurs de l'enfant ont virtuellement un droit concurrent à sa tutelle légale. Celle-ci sera exercée de préférence par celui des deux parents qui, le premier, aura reconnu l'enfant et se sera, par suite, occupé de lui le premier. A défaut de ce parent, l'autre exercerait la tutelle. Il y a des raisons simples et concluantes pour en décider ainsi. S'il y avait reconnaissance simultanée, et si, d'une façon générale, une contestation s'élevait entre le père et la mère au sujet de la revendication de l'exercice de cette tutelle légale, le tribunal civil l'attribuerait à l'un ou à l'autre des parents, en ayant égard au plus grand avantage de l'enfant. Il importe, en effet, qu'un seul individu ait l'exercice de cette tutelle, pour éviter toute dualité de direction. Le parent qui ne serait pas tuteur conserverait un droit de surveillance, ce qui n'empêcherait pas l'institution d'une subrogé-tutelle : la question

en partager l'exercice avec son mari cotuteur. La loi n'a pas attribué immuablement à la tutelle un caractère de permanence.

se poserait seulement de savoir s'il conviendrait de l'en investir.

Telles sont les deux solutions que l'on conçoit surtout.

Elles s'opposent déjà en pratique et à peu près dans les mêmes termes pour l'attribution du droit de garde de l'enfant naturel, et même au sujet de sa tutelle légale, quand celle-ci est admise. Nous nous rallions sans hésiter à la deuxième solution qui nous semble beaucoup plus protectrice des droits de l'enfant. Nous pensons qu'on pourrait l'adopter aussi, dans le silence de la loi, au sujet des conflits concernant les droits sur la personne (1). Le premier système nous paraît beau-

(1) Actuellement un système admet même, au sujet des droits sur la personne, un droit égal des parents s'exerçant concurremment sauf intervention des tribunaux en cas de conflits. (Demante, *Code civil*, t. II, n° 128 bis. Laurent, *Droit civil français*, t. IV, n° 348).

Des auteurs ont admis aussi, tout en soutenant la prééminence des droits du père, que les tribunaux peuvent, s'il est nécessaire, enlever l'exercice des droits sur la personne à celui des parents naturels qui l'exerce. (Aubry et Rau, 4^e édition, t. VI, § 571, p. 212, note 9. Demolombe, *Droit civil*, t. VI, n° 630. — V. Lyon, 8 mai 1859. D. 59, 2, 141. Paris, 10 avril 1872. D. 72, 2, 144). La garantie de la tutelle ne s'étendant pas à l'exercice des droits sur la personne de l'enfant, certaines décisions, antérieures à la loi du 24 juillet 1889, sont allées jusqu'à ordonner de confier l'enfant, dans son intérêt, à une tierce personne, en dehors de toute déchéance légalement prévue. Les parents perdaient ainsi l'exercice de leurs droits de garde. Ces décisions s'appuyaient notamment sur une appli-

coup trop rigide. Pourquoi investirait-on toujours le père, de préférence et sans contrôle, du droit d'exercer la tutelle légale ? Sait-on bien quel il est ? La confiance que le législateur met dans le père légitime peut ne pas se retrouver entière à son égard. Pourquoi, si la mère a reconnu l'enfant la première, la déposséderait-on de droit d'exercer la tutelle ? La reconnaissance, qui sera le plus souvent volontaire, n'est-elle pas, pour l'enfant, un gage indiscutable d'affection ou de dévouement ? Il importe donc d'attribuer l'exercice de la tutelle du mineur à qui lui donnera les plus grandes preuves d'attachement. En d'autres termes, même si les deux parents ont reconnu ensemble, il faudra toujours examiner la valeur des revendications de la mère et lui laisser, s'il le faut, l'exercice de la tutelle légale de l'enfant. Ce système qui sanctionne le droit du

cation analogique de l'article 302 du code civil. La vérité, nous l'avons dit, c'est que les tribunaux ont dû, depuis longtemps, se reconnaître, *en dehors des termes de la loi*, une large mission de protection des incapables. — Mais au moins fallait-il, à l'appui de telles décisions, des raisons sérieuses. Il était inadmissible, par exemple, de priver sans motifs une mère naturelle de la garde de son enfant. Ainsi l'a jugé la Cour d'Alger par un arrêt, en date du 17 mai 1875, réformant une ordonnance du président du tribunal civil de cette ville. (S. 75, 2, 176). Voir ci-dessus page 34, note 1. — On ne peut, en tous cas, approuver la solution d'un arrêt de la cour de Paris, d'après laquelle les tribunaux, en cas de contestation, *sont substitués au père et à la mère*, quant à l'exercice de la puissance paternelle. (D. 94, 2, 534).

parent ayant veillé le premier sur l'enfant, ou qui ne lui enlève, s'il est nécessaire, qu'après examen, pour le donner à l'autre (1), qui, d'un autre côté, en cas de reconnaissance simultanée, décide la question d'exercice de la tutelle légale au mieux des intérêts de l'enfant, paraît bien préférable à la doctrine qui attribuerait de droit cet exercice au père, sauf à permettre de lui enlever ensuite ce pouvoir s'il en abusait.

- Une fois résolue, cette question du mode d'exercice des droits sur l'enfant, question toujours délicate dans la famille naturelle dont les éléments constitutifs ne sont pas légalement organisés (2), il nous faut justifier

(1) Le code civil (art. 8, 1^{er} paragraphe, 2^e alinéa), donne à l'enfant naturel la nationalité de celui des parents qui a été le premier légalement connu.

De plus, si la filiation n'est établie que par rapport à l'un des parents seulement, on admet généralement que l'enfant sera domicilié chez cet auteur, même si plus tard il est reconnu par l'autre. Si la filiation résulte d'un seul et même acte, il semble rationnel de décider que l'enfant est domicilié chez celui de ses auteurs avec qui il demeure (*Sic.* Baudry-Lacantinerie. *Précis de Droit civil*, 7^e édition, t. I, n° 372).

(2) Une solution qui, à ce sujet, simplifierait aussi bien la question des droits des parents sur la personne de l'enfant naturel que celle de l'administration de ses biens, consisterait à admettre le point de vue du code civil allemand qui ne rattache l'enfant à son père que pour faire supporter à celui-ci certaines charges. Mais est-il juste et rationnel de priver ainsi l'enfant de la possibilité d'intervention protectrice d'un de ses auteurs, tout en faisant participer ce dernier à des frais d'entretien ?

maintenant le principe de l'attribution de la tutelle légale aux parents naturels. Il est bien vrai que dans le système du Code la tutelle légale semble dériver surtout du mariage. Mais son application aurait pu être admise d'une façon plus générale, toutes les fois qu'elle était d'une utilité évidente pour la protection de l'enfant ; et c'est ainsi que le législateur aurait dû en investir les père et mère naturels. Nous croyons même, avons-nous dit, que si les rédacteurs du Code n'ont pas assimilé expressément, dans ce cas, l'enfant naturel à l'enfant légitime, c'est par un simple oubli.

Il est vrai qu'on a invoqué des raisons plutôt spéciales pour écarter ici l'opportunité de la tutelle légale. On a indiqué tout d'abord le défaut de sécurité qui en résulterait pour l'enfant, si cette tutelle était admise. Là où le mariage n'apparaît pas avec tous ses devoirs accomplis, où sont, dit-on, pour l'enfant les garanties commandant de confier aux auteurs de ses jours une prérogative qui érigerait une faute à la hauteur d'un droit ? L'enfant légitime seul peut avoir une sauvegarde suffisante dans la tendresse déjà éprouvée du chef survivant de la famille : sa garantie à lui est là et elle ne pouvait être ailleurs. Au contraire la confiance du législateur envers les père et mère naturels est loin d'avoir la même base : souvent l'intérêt de leur enfant peut réclamer que sa tutelle

soit exercée par d'autres que ce père ou cette mère, à la faute ou à la conduite licencieuse desquels est dû le fait de sa naissance.

Ces considérations peuvent avoir une valeur réelle. Mais qu'en doit-il exactement résulter ? Simplement que la législation doit prendre à l'égard des parents naturels plus de précautions que s'il s'agissait de la famille légitime. Aussi, doit-on refuser à ces parents le droit d'administration légale et établir la tutelle dont les garanties sont plus sûres. Il y aurait peut-être lieu aussi de restreindre les pouvoirs de ces parents sur la personne de leur enfant, le législateur s'étant montré à ce sujet d'une confiance trop absolue.

Mais ceci admis, on ne doit rien exagérer : il ne faut pas retirer la protection des parents aux enfants qui en ont le plus besoin. La tutelle des père et mère est une sauvegarde au moins aussi nécessaire pour les intérêts de l'enfant naturel que pour ceux de l'enfant légitime. Si elle est possible, il faut l'admettre. C'est encore le moyen le plus sûr d'éviter l'arbitraire ou les erreurs d'appréciation d'un groupe quelconque qui serait chargé de nommer le tuteur et qui pourrait méconnaître l'affection naturelle des parents pour l'enfant. Or, même dans la famille naturelle, c'est encore cette affection qui sera la garantie la plus sérieuse : c'est elle qui écartera les dangers que toute

tutelle légale paraît présenter par suite du choix *a priori* du tuteur.

On pourrait insister et dire : cet enfant n'est que la révélation vivante, le témoin accusateur d'une faute ! Comment celle-ci serait-elle une garantie d'affection constante, de dévouement sérieux entre celui qui l'a commise et celui qui en est né ? Comment l'enfant pourrait-il être aimé ?

Mais la nature et la raison assureront ordinairement de la part des parents cette affection si nécessaire à l'enfant. Serait-il, en effet, absolument faux d'appliquer aux parents naturels ce que disait le tribun Leroy dans son discours au Corps législatif (1) : « La nature a fait les parents les plus sûrs défenseurs de leurs enfants en les faisant leurs amis les plus tendres ? » La reconnaissance généralement volontaire ne prouvera-t-elle pas déjà cette affection des parents, puisque pour accomplir ce devoir il leur aura fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion, souvent plus sévère pour le scandale que pour la faute elle-même ? D'ailleurs ces parents seront-ils toujours foncièrement indignes ? La naissance de l'enfant proviendra souvent d'un instant d'égarement ; souvent elle ne sera, au moins de la part de la mère, que le résultat de l'erreur, de la surprise ou de l'obsession. Il faudrait

(1) Voyez Loqué, *Leg.*, t. VII, p. 274.

chez les parents beaucoup de lâcheté pour vouer de la haine à cet innocent que sera l'enfant. En pareil cas, la déchéance de leurs droits pourrait toujours intervenir comme sanction de cette attitude odieuse (1).

Il est évident que la loi ne doit pas se plaire dans les difficultés inutiles et dédaigner les moyens faciles et suffisants pour se mettre laborieusement en recherche d'institutions plus compliquées et plus incertaines. Par quelle bizarrerie le législateur refuserait-il aux parents naturels le droit d'être tuteurs légaux de leur enfant comme ils sont déjà chargés de pourvoir à ses intérêts moraux ? Ne semble-t-il pas logique de grouper autant que possible dans les mêmes mains tout ce qui touche aux intérêts matériels et moraux de l'enfant ? Pourquoi créerait-on du vivant des père et mère de l'enfant un grave danger de dualité dans sa direction ?

(1) Ne se pourrait-il pas qu'une reconnaissance mensongère cachât une spéculation ? N'interviendrait-elle pas parfois dans une intention basse et intéressée pour obtenir, à défaut de l'usufruit légal, l'administration des biens dans le but d'en abuser ? Mais une telle imposture parviendrait rarement à donner longtemps le change. C'est un rôle long et importun que celui de la paternité ou de la maternité. Il faut un jeu bien adroit, sans fatigue ni relâche, pour en abuser impunément d'une manière aussi étrange. La destitution de la tutelle sera toujours une ressource. Quelle loi, d'ailleurs, n'entraîne pas quelque conséquence regrettable ou ne reçoit jamais une application mauvaise ? Quelle est la meilleure institution qui ne présente ses inconvénients ? Or ici ils ne sont pas sans remède, et ils paraissent à peu près inconcevables ou illusoires.

La tutelle légale constituera une sorte d'administration légale moins libre et plus surveillée. Or c'est une règle très sage de ne pas séparer l'administration de la personne de celle des biens. Du moment où notre législateur concède la direction morale de l'enfant aux parents naturels, il devrait leur accorder sa confiance au sujet de l'administration de ses biens. Pourquoi suivrait-on à ce dernier point de vue un principe tout différent ? Les soins personnels de l'enfant que le législateur abandonne aux parents n'ont-ils pas rationnellement une importance plus grande qu'une gestion de patrimoine ? Pourquoi alors ne pas leur donner celle-ci sous forme de tutelle légale ?

Et vainement prétendrait-on que si la loi a été plus large dans un cas que dans l'autre, c'est qu'elle ne pouvait soustraire aux parents naturels, pas plus qu'aux parents légitimes, les droits sur la personne de leur enfant, ceux-ci leur appartenant de droit naturel. Une fois de plus nous dirons qu'ainsi présentée cette assertion paraît inexacte. Le seul principe de droit naturel que la législation positive ne semblait pas pouvoir méconnaître ici, c'est celui de la protection de l'incapable. En outre, la nature donnait bien d'une façon générale l'indication très pressante de confier aux parents la garde, l'éducation et la protection de l'enfant ; mais le législateur pouvait se

refuser à l'admettre s'il jugeait que la protection de l'enfant serait mieux assurée d'une autre façon. Il avait à juger s'il devait sanctionner les droits des parents en les inscrivant dans le droit positif, et il lui était loisible de ne pas les admettre dans certaines conditions. Ainsi la loi ne retire-t-elle pas aux parents indignes l'exercice général de la puissance paternelle ? Or le législateur aurait pu refuser aux parents naturels tout droit sur la personne de leur enfant et en faire le prix de la seule procréation légitime. Et ceci n'eût pas été si injustifié qu'on pourrait le croire ! L'homme ne doit jamais s'abandonner à ses instincts sans frein et sans souci des conséquences, sinon son acte risque d'être d'une grave immoralité. La raison et la conscience lui ont été données pour réfréner ses impulsions sensuelles, et c'est une mauvaise action d'appeler des êtres à la vie, contrairement à toute intention raisonnable. La loi pouvait donc réserver à la seule parenté légitime les droits de la puissance paternelle comme récompense de la procréation rationnelle et voulue qui est le but du mariage. Elle avait la faculté de refuser ces mêmes droits aux parents naturels dont la paternité est le résultat d'un désordre social, souvent de la recherche passionnée et exclusive du plaisir. Et pourtant le législateur n'en a pas décidé ainsi : il a cru devoir accorder aux parents naturels ces

droits de puissance paternelle (1). Il a eu confiance, malgré tout, en la raison de l'homme, en sa tendresse pour sa descendance, et il a accordé aux parents naturels les droits précieux sur la personne de leur enfant. Pourquoi dès lors ne leur accorderait-il pas les droits sur les biens ?

Il faudrait donc mettre ici la législation d'accord avec elle-même et avec le bon sens. Puisqu'il faut redouter cette absence de cohésion qui, dans la famille naturelle, menace de priver l'enfant de l'influence tutélaire d'un de ses auteurs, il conviendrait peut-être de restreindre un peu les droits des parents sur la personne de leur enfant. Cette raison conduit aussi à leur refuser l'administration légale des biens de l'enfant et à le transformer en ce droit moins large qu'est la tutelle légale. Mais il faut au moins admettre cette tutelle pour concilier une grave contradiction du législateur résultant sans doute d'un silence irréfléchi.

Plusieurs législations étrangères ont admis cette manière de voir. En Italie, par exemple, d'après le code civil de 1865, l'enfant naturel reconnu, que ses auteurs existent ou non, est soumis pendant sa mino-

(1) Il n'a accordé expressément que le droit de correction dont on infère les autres. Il eut été cependant particulièrement nécessaire ici que la loi intervint d'une manière plus explicite.

rité à la tutelle et non à la puissance paternelle (art. 184). Lorsque les auteurs de l'enfant, ou l'un d'eux existe encore, la tutelle est exercée par celui des auteurs de l'enfant qui l'a reconnu. S'ils l'ont reconnu tous les deux, le Code donne la prééminence au droit du père : c'est lui qui exerce la tutelle. Tuteur légal, il a en même temps le droit de garde et le droit de correction ; mais la loi le prive judiciairement de l'usufruit légal (V. art. 221 à 224 ; 228). En Hollande, d'après le code civil de 1838, le père naturel est de plein droit tuteur de son enfant mineur ; à défaut du père, la tutelle appartient à la mère (1).

Il est des législations encore plus favorables aux parents naturels. En Portugal (2), d'après le code civil de 1867, la tutelle des enfants naturels reconnus est soumise aux mêmes règles que la tutelle des enfants légitimes (art. 275). Elle ne s'ouvre par suite que par la disparition ou l'empêchement du ou des auteurs de l'enfant qui l'ont reconnu. Lorsque l'enfant a été

(1) Le père (et à son défaut la mère) peut, en prévision de son décès avant la majorité de l'enfant, nommer à celui-ci un tuteur, par acte entre-vifs ou par testament.

(2) Le père qui a reconnu son enfant peut, dans son testament ou même par acte entre-vifs, nommer un tuteur à son enfant mineur ou interdit, si la mère ne l'a pas reconnu, ou si, l'ayant reconnu, elle est décédée ou ne peut exercer la puissance paternelle ; à défaut ou en cas d'empêchement du père, la mère jouit du même droit (art. 193).

reconnu par ses deux auteurs, la mort de l'un d'eux ne donne pas ouverture à la tutelle. L'enfant reste soumis à la puissance paternelle dont l'exercice appartient à celui de ses père et mère qui survit (1).

Il nous semble que, sans aller jusqu'à cette dernière exagération, un système de tutelle légale fait la juste part de la confiance qu'il convient d'accorder aux parents de l'enfant naturel. Tutelle légale au lieu d'administration légale, et restriction des droits sur la personne de l'enfant, telle nous semble être en l'espèce la meilleure solution. Là où la famille n'est plus complète dans ses éléments, où ceux-ci risquent d'être relâchés ou dispersés, il faut remplacer par des institutions plus étroitement contrôlées les garanties qui résultant, dans le mariage, de la surveillance naturelle exercée par un des auteurs de l'enfant sur l'autre. C'est pourquoi, dans le système de notre loi, la tutelle

(1) En Espagne, sous l'empire du Code de 1889, l'enfant naturel reste jusqu'à sa majorité ou son émancipation sous la puissance paternelle de celui de ses deux auteurs qui l'a reconnu, sous la puissance du père s'ils l'ont reconnu tous les deux. Mais les père et mère naturels n'ont pas, en principe, l'administration des biens de l'enfant; ils peuvent l'obtenir à condition de fournir une caution acceptée par le juge du domicile du mineur (art. 166); sinon l'administration des biens est confiée à un tuteur *ad hoc* nommé par le conseil de famille. — Celui des père et mère qui exerce le dernier la puissance paternelle peut nommer à l'enfant un tuteur, un subrogé-tuteur et un conseil de famille (art. 206; 294 et 302 combinés).

légale remplace, à juste titre, l'administration légale du père légitime, après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux (1).

Y aurait-il lieu, dans le système de tutelle que nous préconisons, à la nomination d'un subrogé-tuteur? Evidemment la question se résout par l'affirmative. Qui nommera le subrogé-tuteur? Ce sera l'organe jouant dans cette tutelle le rôle de conseil de famille de l'enfant légitime. Déterminons-le au mieux des intérêts du mineur. — Avec un texte exprès, on pourrait créer, pour l'enfant naturel, une assemblée semblable au conseil de famille, lequel, en l'état actuel de la législation, ne peut être étendu par analogie, sans

(1) Le législateur sent bien, la plupart du temps, que la situation de l'enfant naturel exige des garanties spéciales. Dans le nouveau code civil allemand, où la paternité naturelle n'entraîne qu'une participation à certains frais résultant de l'existence et de l'entretien de l'enfant, la mère naturelle n'a pas la puissance paternelle que les articles 1684 et suivants laissent d'une manière peut-être trop large, malgré quelques restrictions, à la mère légitime survivante. L'autorité publique, le tribunal des tutelles nommera un tuteur à l'enfant naturel (art. 1773.) Toutefois, « la mère a le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant ; elle n'a pas le droit de le représenter. En tant que le soin de la personne appartient à la mère, le tuteur de l'enfant a la qualité de conseil » (Art. 1767). On a craint que la mère n'eût pas de résidence fixe et qu'elle ne fût dans la nécessité d'abandonner son enfant à des tiers. D'où la restriction de ses droits. Cependant elle peut être nommée elle-même tutrice, et ses pouvoirs se rapprocheront ainsi de ceux que lui aurait donnés la puissance paternelle.

Le système de l'avant-projet de la loi fédérale suisse sur le

arbitraire et sans danger, à la tutelle de l'enfant naturel. En Italie, l'art. 261 du code civil établit un conseil de tutelle formé du préteur de canton et de quatre personnes choisies par lui parmi celles qui ont eu des relations d'amitié avec le père ou la mère. — En Portugal, lorsqu'on se trouve dans l'obligation de constituer une tutelle, on fait intervenir un conseil de famille présidé par le juge ou curateur des orphelins, magistrat chargé de veiller aux intérêts des mineurs, et composé de cinq voisins choisis parmi les amis ou *les parents du père ou de la mère* qui a reconnu le mineur (art. 276, C. civ.). — De même en Espagne : quand il y a lieu de constituer la tutelle, on forme un conseil de famille composé, comme celui des enfants légitimes, avec les personnes désignées par le survivant des père et mère exerçant la puissance

droit privé prend des garanties contre le père et la mère. L'autorité tutélaire y reçoit une grande mission de contrôle et d'intervention : elle peut enlever la puissance paternelle au père, laisser l'enfant à la mère, ou donner un tuteur à l'enfant (art. 346, 347). Mais il paraît bien ressortir de la généralité des termes des articles 296 et 390, que si la puissance paternelle existe ou est maintenue, elle s'exerce intégralement et sans restriction. C'est ce qui a toujours lieu au profit du survivant des époux légitimes. Cela rapproche, en définitive, ce système de celui que nous critiquons.

L'une et l'autre de ces dernières législations ne nous paraissent pas assurer, avec la survivance, en principe, de la puissance paternelle, de suffisantes garanties à l'enfant légitime qui a perdu l'un de ses parents.

paternelle, ou, à leur défaut, avec les *parents des père et mère naturels* ; s'il n'y en a pas, on appelle des personnes honorables, et de préférence des amis du père (art. 302 c. civ.).

Eh bien ! nous ne croyons pas qu'il faille en France imiter ce système. La famille de l'enfant naturel est trop restreinte pour qu'on puisse constituer avec elle un conseil de tutelle. Il serait loisible, dira-t-on, d'élargir le cercle légal de cette famille. On pourrait, suivant une conception que Loiseau prétendait arbitrairement trouver dans l'article 406 de notre code civil (1), appeler par un texte formel les parents des parents de l'enfant naturel. On pourrait encore les convoquer, comme on le fait déjà en pratique, au seul titre d'amis ; et pourtant, de toutes façons, on n'augmenterait guère les garanties nécessaires aux intérêts de l'enfant. Nous ne trouvons plus dans les aïeuls de l'enfant naturel les garanties d'affection que donnent les instincts paternel et maternel ; celles-ci sont, du moins, très affaiblies par les convenances et les préjugés. Les parents de la mère et encore plus ceux du père seront souvent prévenus contre l'enfant, objet de trouble et d'ennui dans la famille. A la place de cette affection que la nature

(1) Loiseau. *Traité des enfants naturels*, p. 542. Nous avons déjà signalé antérieurement son opinion en note p. 71.

met au cœur des père et mère, il y aura souvent de leur part une hostilité violente ou contenue.

On pourrait former, suprême ressource, un conseil d'amis ou d'étrangers charitables. Mais quelle confiance avoir dans le dévouement d'un tel conseil ?

Pourtant, ajoutera-t-on, il faut bien constituer un corps délibérant particulier. L'intervention en matière de tutelle d'un conseil spécial est dans les tendances de notre loi. Elle parait, pour ainsi dire, résulter de l'ambiance juridique. Quelle valeur peut bien avoir cette allégation pour entraver la liberté d'une innovation législative fort opportune ? Aucune, en vérité ! Le souci de l'intérêt de l'enfant doit dominer toute préoccupation. Or, pour nous, c'est le tribunal civil qui, dans la tutelle de l'enfant naturel, devrait tenir la place du conseil de famille de l'enfant légitime. N'est-il pas préférable, en effet, de s'en remettre à une collectivité impartiale, présentant des conditions sérieuses d'intelligence et de moralité ? Par ses délibérations éclairées, elle fera mieux que la seule personne du juge de paix à qui on pourrait encore être tenté de s'en remettre exclusivement et qui, du reste, dans les conseils constitués actuellement pour l'enfant naturel, joue un rôle si prépondérant qu'il annihile souvent l'influence indécise des autres personnes.

Que si l'on objecte que le tribunal, éloigné peut-être de l'enfant et absorbé de toutes façons par ail-

leurs, se trouvera peu compétent pour le rôle presque continu qu'on lui imposera, nous répondrons qu'il est déjà le gardien vigilant des droits de la personne et des intérêts des incapables. Il ne s'agit que d'une extension de compétence, et l'objection de distance semble vraiment puérile, si l'on songe aux facilités nouvelles de circulation et aux moyens d'investigation qui sont à la disposition du tribunal. On modifiera s'il le faut la composition de ce dernier ; et si, tel qu'il est, il ne suffit pas à la tâche, on devra, par des réformes législatives, accroître son personnel, augmenter ses facultés d'examen et sa puissance de recherche. Il est dans les tendances actuelles de développer l'action des pouvoirs publics. A défaut de la réalisation d'utopies imprudentes, un courant de socialisation est très admissible : il faut protéger les faibles contre les fatalités et les infortunes de l'existence, défendre les vaincus de l'âpre lutte sociale. Dans cette mesure l'intervention des pouvoirs semble très justifiable : elle remédie surtout à l'insuffisance de l'esprit de charité dont il ne faut pas non plus négliger le développement. On objectera, peut-être, que l'aptitude à remplir cette grande tâche est très incertaine chez des fonctionnaires ; ne serait-ce pas s'en remettre beaucoup trop à des gens souvent blasés et sceptiques ? — Il faut, autant que possible, assurer un meilleur recrutement

de ces autorités, voilà tout. On doit veiller davantage à l'éducation des corps constitués, les obtenir d'une valeur supérieure à ce qu'ils peuvent être, afin que pour eux la conscience et le devoir ne soient pas seulement de vains mots. Pour ce qui nous concerne, il dépend des pouvoirs publics de former les tribunaux de gens absolument éclairés et soucieux de leur tâche. Et c'est en cela surtout qu'est la garantie des intérêts de l'enfant ! L'Etat ne peut rien ou à peu près rien pour assurer la valeur d'un conseil de tutelle formé de prétendus amis ou de voisins, il peut beaucoup pour élever celle de ses tribunaux et de ses fonctionnaires. C'est ainsi qu'une plus large mission de sauvegarde sociale pourra leur être dévolue de confiance, et qu'ils concourront mieux à réparer les inégalités de protection dont souffre presque fatalement tout enfant naturel (1).

Notre opinion sur l'intervention des tribunaux trouve un appui dans un certain nombre de législations. En Hollande, par exemple, il n'y a pas à proprement parler de conseil de famille de l'enfant naturel, c'est le juge de canton qui en tient lieu. Pour éviter les difficultés que l'on rencontre forcément quand il

(1) En Angleterre, l'enfant naturel est à la charge de la paroisse ; mais c'est plutôt par une idée de rigueur injustifiable que par une pensée de protection. Il n'y a pas de liens légaux entre l'enfant naturel et ses parents.

s'agit de cet enfant, l'article 420 du code civil dispense purement et simplement le juge de l'obligation de consulter qui que ce soit. En Suisse, et d'une manière générale dans les systèmes germaniques, on trouve un organe officiel spécial: tribunal pupillaire ou tutélaire, ou encore chambre pupillaire dont la compétence s'étend communément à toutes les tutelles, et dont le rôle à l'égard de l'enfant naturel pourrait revenir en quelque sorte à nos tribunaux civils. Dans ces pays où prévaut souvent à l'égard de la mère l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime, la protection par l'autorité de ceux qui en ont spécialement besoin se fait largement sentir. Le code civil du canton des Grisons est vraiment remarquable à notre point de vue. La mère exerce à l'égard de son enfant naturel les mêmes droits que ceux qui appartiennent à la veuve à l'égard de son enfant légitime (art. 69). La mère ne perd pas en principe ses droits de puissance paternelle et de tutelle si le père vient à être légalement connu. Toutefois, l'autorité tutélaire, si elle le juge opportun, peut confier au père ces pouvoirs, « surtout, dit l'article 70, lorsqu'il prend à sa charge l'entretien complet de l'enfant ». A cet égard, le tribunal tutélaire a un pouvoir discrétionnaire. Voilà un système qu'avec quelques simplifications faciles nous voudrions voir adopté en France. — A Zurich, les père et mère de l'enfant naturel se trouvent en

quelque sorte dans la situation qui résulte pour eux, en France, de l'état de notre code civil. Ils ont un droit de surveillance et de protection corrélatif à leur obligation d'élever l'enfant ; mais ils n'ont pas, de droit, ce qu'on appelle « la tutelle paternelle » c'est-à-dire le pouvoir de représenter l'enfant dans les actes de la vie civile. C'est à la commune d'origine de ce dernier qu'il appartient de pourvoir à sa tutelle (art. 696 C. civ.) ; et l'on peut dire justement que les enfants naturels restent sous la protection de l'autorité. — Dans le nouveau code civil allemand, l'enfant illégitime occupe, à l'égard de sa mère et des parents de sa mère, la situation juridique d'un enfant légitime (art. 1705). Toutefois cet enfant n'est pas soumis à la puissance paternelle, mais à la tutelle, et cela dès sa naissance (art. 1707 et 1773). C'est au tribunal tutélaire (1) à nommer un tuteur à l'enfant et rien ne l'empêche de nommer tutrice la mère naturelle, à défaut de grand-père maternel. Le tribunal des tutelles joue donc normalement le rôle du conseil de famille ; celui-ci ne constitue pas, en effet, en droit germanique, un organe essentiel de la tutelle. Si toutefois son institution paraît

(1) En Allemagne, l'autorité publique concourt toujours à la nomination des tuteurs. Il y a bien, il est vrai, des vocations à la tutelle (art. 1776 du code civil) ; mais le tribunal tutélaire peut écarter l'appelé dans certains cas, et notamment si sa nomination compromet l'intérêt du pupille (art. 1778).

utile dans l'intérêt du pupille (art. 1858 et suiv.), on le forme avec le juge tutélaire comme président et deux assesseurs choisis le plus souvent parmi les parents maternels de l'enfant.

Or c'est au tribunal civil que nous attribuons la mission des tribunaux tutélaire des pays germaniques ; c'est à lui qu'il appartiendrait, selon nous, de nommer le subrogé-tuteur dont le rôle serait extrêmement important (1). Aussi conviendrait-il qu'il fit son choix très attentivement après s'être suffisamment éclairé par des enquêtes préalables.

Tous ceux qui porteraient intérêt à l'enfant, pourraient exercer un contrôle de fait sur la gestion du tuteur. Si on ne peut constituer normalement un conseil autorisé avec les parents des parents du mineur ou les amis de la famille, on peut vraisemblablement espérer qu'il se trouvera parmi eux des personnes assez dévouées à l'enfant pour aider le subrogé-tuteur dans sa tâche de surveillance et le prévenir des causes de destitution du tuteur. Il conviendrait, en effet, de faire une application rigoureuse de l'article 444 qui exclut de la tutelle et déclare destituables ceux dont

(1) Il est facile d'appliquer notre système au protuteur nommé dans le cas de l'article 417 du code civil. S'il n'était pas désigné par le dernier mourant des père et mère, il serait choisi par le tribunal civil du domicile du mineur. C'est le tribunal qui nommerait aussi le subrogé-tuteur de ce protuteur.

la gestion atteste l'incapacité et l'infidélité. Le subrogé-tuteur provoquerait la réunion du tribunal ; celui-ci pourrait encore être saisi par le ministère public exerçant concurremment avec ce subrogé-tuteur une mission de surveillance et de contrôle.

Il serait donc bon, selon nous, de déclarer applicables à l'enfant naturel les articles 390, 394, 395 et 396 du code civil, après les avoir facilement adaptés à la nouvelle situation qu'ils doivent régir. Il faudrait dire, par exemple, dans l'article 395 : « Si la mère tutrice veut se marier », au lieu de « si la mère tutrice veut se remarier ». Si la mère épousait le père légalement connu de son enfant, ce dernier serait légitimé de plein droit (art. 331), et dès lors l'administration légale (art. 389) se substituerait à la tutelle. Dans les articles 395 et 396, c'est le tribunal civil qui remplacerait le conseil de famille de l'enfant légitime (1).

Nous admettrions l'extension de la section II (ch. II, t. X) à la tutelle de l'enfant naturel. Les père et mère étant pourvus de la tutelle légale pourraient nommer un tuteur à l'enfant par testament. N'est-il pas à présumer que ce choix serait dicté par leur affection pour l'enfant ? Si l'un des parents était légalement

(1) Si la mère naturelle se mariait avec un autre individu que le père de son enfant, ce dernier reconnu légalement prendrait la tutelle de droit dans le cas où le tribunal ne maintiendrait pas la tutelle de la mère.

reconnu, alors qu'un tuteur testamentaire aurait déjà été nommé par l'autre parent et serait même en fonction, le tuteur testamentaire serait dépossédé de la tutelle qui passerait comme tutelle légale au parent nouvellement reconnu.

Il y aurait peu de modifications à faire pour adapter, conformément à notre système, les articles des sections V à IX inclus. Le tribunal, indépendamment du rôle que lui donnent déjà ces articles, remplirait la mission qui est dévolue au conseil de famille de l'enfant légitime. L'innovation ne consiste qu'en une extension de compétence du tribunal civil; et il est bien évident qu'ici, par suite de la confusion des attributions du conseil de famille avec celles qu'il a reçues dans la tutelle de l'enfant légitime, il n'y aurait pas lieu à homologation de ses propres délibérations.

II

Lorsque les père et mère de l'enfant naturel, légalement connus, seraient tous deux morts ou disparus et que le dernier mourant d'entre eux n'aurait pas désigné de tuteur testamentaire, il y aurait lieu d'instituer une tutelle dative spéciale à l'enfant naturel. Nous réservons, bien entendu, le cas où l'enfant serait confié à l'assistance publique.

Le tribunal civil prendrait le rôle qu'ont actuelle-

ment notre conseil de famille de l'enfant légitime, ainsi que les conseils de tutelle, tribunaux tutélaires ou pupillaires de l'étranger. Il serait donc chargé de faire la désignation du tuteur (1), du subrogé-tuteur, et de remplir, comme nous l'avons déjà indiqué, le reste de la mission appartenant au conseil de famille de l'enfant légitime. Le tuteur aurait alors la direction de la personne et celle du patrimoine de l'enfant.

Nous pourrions résumer ainsi l'esprit de notre doctrine : On se trouve dans notre cas en dehors des conditions ordinaires de la constitution de la famille. Si l'on peut croire que pour la parenté légitime l'intervention des tribunaux doit rester anormale et ne se produire qu'en cas de stricte nécessité, on doit au contraire limiter et contrôler l'exercice des droits des parents naturels, après avoir tenu cependant un large compte de leur affection présumée pour l'enfant. Il convient, en effet, de prendre garde aux défiances, aux hostilités, aux inconstances des membres d'une

(1) Sa liberté serait très large dans ce but, mais en fait, le tribunal devrait tenir compte des affections qui entouraient l'enfant et sa famille. Un tuteur testamentaire dépossédé, parce que le second parent n'aurait été légalement reconnu que pendant sa gestion, pourrait être désigné par le tribunal comme tuteur datif, après la disparition ou la destitution du parent tuteur légal.

famille dont le lien légal fait presque entièrement défaut et dont l'union est gravement compromise par les préoccupations morales, les préjugés et les inégalités sociales. C'est le tribunal civil qui nous paraît devoir être appelé à ce rôle protecteur des intérêts de l'enfant.

CHAPITRE VIII

Tutelle des enfants naturels non reconnus.

Comment peut-on organiser, en l'état actuel de la législation, la tutelle de ceux des enfants naturels non reconnus qui n'auront pas été confiés aux établissements de l'assistance publique (1) ?

(1) Le législateur a pourvu à la tutelle des enfants assistés dans la loi du 15 pluviôse, an XIII, intitulée : « Loi relative aux enfants admis dans les hospices ». L'article 1^{er} les place sous la tutelle des commissions administratives de ces maisons, « lesquelles désigneront un de leurs membres pour exercer, le cas advenant, les fonctions de tuteur, et les autres formeront le conseil de tutelle ». Le décret du 19 janvier 1811, d'après lequel doivent être recueillis les enfants trouvés, abandonnés et les enfants pauvres, reproduit cette disposition dans son article 15 (titre VI). (Pour Paris, il existe des règles spéciales). La tutelle s'ouvre par l'admission de l'enfant à l'hospice. Elle ne donne pas lieu à la nomination d'un subrogé-tuteur. C'est qu'un conflit n'est guère possible entre les intérêts d'un tuteur de ce genre et ceux du pupille. Les revenus des biens et capitaux appartenant aux enfants admis dans les hospices sont perçus jusqu'à leur sortie à titre d'indemnité des frais de leur nourriture et entretien (art 7 de la loi du 15 pluviôse an XIII). Quand

Il est évident que la protection dont nous avons parlé au sujet des enfants naturels reconnus s'impose plus largement encore au sujet de ceux qui ne sont pas reconnus ; et cette protection doit s'étendre à leur personne et à leurs biens.

Par leur condition même, ces enfants n'ont aucune famille. Leur père et mère eux-mêmes sont légalement inconnus. Pourtant, en la circonstance, on songe généralement à recourir encore à une tutelle dative avec un conseil de famille composé de personnes honorables et charitables, réunies sous la présidence du juge de paix. C'est cet étrange conseil de tutelle qui nommera le tuteur et le subrogé-tuteur. On se conformera autant que possible aux prescriptions des sections iv à ix inclus du chapitre II du titre X (Code civil).

il s'agit d'émanciper le pupille, les droits dont jouissent les commissions administratives (et le directeur de l'Assistance publique de Paris) sont ceux attribués aux père et mère par le code civil ». (Art. 4 de la loi précitée). — Les tuteurs ayant le droit d'éducation et ses corollaires, les droits de garde et de correction, la tutelle des enfants admis dans les hospices se rapproche de beaucoup de la puissance paternelle. Il y a cependant un point controversé : quand l'enfant assisté veut se marier, est-ce son tuteur qui doit consentir à son mariage ? Les lois et décrets sur les enfants assistés n'établissent aucune dérogation aux articles 148 et 149 du code civil. En fait, à cause des difficultés que leur application ferait surgir, on décide généralement que le consentement de la commission est nécessaire jusqu'à l'âge de 21 ans. (En ce sens Demolombe, *Cours de code civil*, t. VIII, n° 396).

Pas n'est besoin de montrer tout ce qu'une pareille tutelle a d'arbitraire et à quel point un conseil de famille ainsi composé correspond mal à l'institution légale de ce nom. Quelles garanties présentera le plus souvent une réunion de ce genre provoquée hâtivement par un juge de paix plus ou moins perspicace !

En vérité, il faut reconnaître encore ici la compétence du tribunal civil pour nommer le tuteur, le subrogé-tuteur et jouer le rôle de conseil de famille. Au point de vue législatif, c'est aussi la solution qui nous semble la meilleure. La tutelle civile de l'enfant naturel non reconnu devrait être constituée comme celle de l'enfant naturel reconnu resté sans père ni mère. Le ministère public pourrait prendre l'initiative de cette organisation.

Il n'est pas, d'ailleurs, sans intérêt de nous demander quelle sera dans la société la situation de l'enfant naturel non reconnu et non confié à l'assistance publique. Souvent il aura été recueilli par des voisins, des parents ou des amis de ses père et mère. Heureux encore si ces protecteurs volontaires ont quelque moralité ! Ils constitueront au malheureux petit être une famille, si précaire soit-elle, et parfois sa condition sera ainsi supérieure à celle résultant d'une remise à l'assistance publique (1).

(1) L'administration hospitalière cherche elle-même à envoyer

On peut même prévoir une situation en quelque sorte plus anarchique qui se rencontrera surtout dans les campagnes. Il se pourra que les parents mêmes du mineur, sa mère surtout, le gardent et l'élèvent sans l'avoir reconnu. L'enfant aura de cette façon une possession d'état susceptible, d'après la jurisprudence, d'aider à la reconnaissance judiciaire de sa filiation maternelle (1).

Comment une situation aussi étrange est-elle possible ?

On sait que les enfants naturels non reconnus peuvent être admis à l'assistance publique. Ils sont assimilés aux enfants trouvés proprement dits. L'article 2 du titre II du décret du 19 janvier 1811 considère comme enfants trouvés ceux qui « nés de père et mère inconnus, ont été trouvés exposés dans un lieu quelconque, ou portés dans les hospices destinés à les recevoir ». Mais il se peut qu'au moment de la déclaration de l'état-civil, l'enfant ait été laissé aux soins d'une personne quelconque. Cette situation étrange trouve indirectement une sorte d'appui dans

les enfants à la campagne dès qu'ils sont sortis du premier âge et à leur constituer un foyer en les plaçant, par exemple, chez des cultivateurs.

(1) L'enfant, toutefois, soit ignorance, soit inertie, sera rarement tenté de se procurer cette situation légale, en l'absence de laquelle les droits qui en résulteraient seront souvent respectés jusque dans les partages successoraux.

l'article 347 du code pénal. Ce texte qui sanctionne l'obligation de remettre l'enfant trouvé à l'officier de l'état-civil ajoute que la peine qu'il édicte n'est pas applicable « à celui qui aurait consenti à se charger de l'enfant et qui aurait fait sa déclaration à cet égard devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé (1) ».

Cette situation de l'enfant nous semble, malgré tout, bien irrégulière. Si elle décharge l'assistance publique d'une partie de sa lourde tâche, elle peut manquer dans certains cas d'un contrôle et d'une surveillance nécessaires. Où trouver ces garanties ? Comment éveiller suffisamment l'attention des autorités compétentes ? Quels sont sur l'enfant les droits de la personne qui s'en charge ? Comment enfin fixer régulièrement le sort de l'enfant et la constance de soins dont il a besoin ?

Il faudra au moins constituer une tutelle à l'enfant, aussi bien, cette fois, pour la protection de sa

(1) La jurisprudence attribue déjà certains effets juridiques à la simple garde de fait d'un enfant naturel non reconnu. Si ce dernier est mineur, non émancipé, et s'il n'a pas de tuteur ou n'a pas été recueilli dans un hospice, il a le domicile de la personne qui s'est chargée de l'élever et de le nourrir. (Cass. 9 mai 1889. S. 89, 1, 436. D. 89, 1, 424). — La doctrine est en ce sens. V. Demolombe, *Cours de code civil*, t. I^{er}, n° 361 ; Duranton, *Cours de Droit français*, t. I^{er}, n° 368 ; Delvincourt, *Cours de code civil*, t. I^{er}, note 4, p. 44. Dalloz, J. C. V° Domicile n° 88.

personne que pour celle, éventuelle, de ses intérêts (1).
Suivant le système qui prévaut aujourd'hui, c'est le juge de paix qui se saisira d'office de l'affaire. Il pourra être prévenu par toute personne qui se préoccupera du sort

(1) On trouve déjà, dans la loi du 24 juillet 1889, deux textes, les articles 19 et 20 du titre II, qu'on pourrait peut-être appliquer à notre hypothèse. Ils visent le cas où un enfant a été recueilli sans l'intervention des père et mère ou du tuteur. L'administration d'assistance publique, l'association de bienfaisance ou le particulier jouissant de ses droits civils, qui le garde (art. 19), doit en faire la déclaration dans les trois jours au maire de la commune, ou, à Paris, au commissaire de police, sous la sanction d'une amende. Cette déclaration est transmise à l'administration préfectorale et notifiée aux parents. Si dans les trois mois les père et mère ou le tuteur n'ont pas réclamé l'enfant, ceux qui l'ont recueilli peuvent demander que la puissance paternelle leur soit déléguée. Si cette demande n'est pas accueillie, le tribunal peut, sur la réquisition du ministère public, remettre l'enfant à l'assistance publique ou conférer au requérant certains droits, en déclarant par le même jugement « que les autres, ainsi que la puissance paternelle, sont dévolus à l'assistance publique ».

Il est certain qu'ici la loi n'avait pas spécialement en vue les enfants naturels non reconnus. Elle a voulu régler la condition des enfants moralement abandonnés dont les administrations hospitalières, les associations charitables où les particuliers ont accepté la charge. La loi voulait surtout assurer à ceux qui avaient recueilli l'enfant une indépendance capable d'écarter les obstacles qui s'opposeraient à l'œuvre de protection entreprise ; mais le texte est assez large pour comprendre aussi les enfants naturels non reconnus. Evidemment il ne saurait être question de notifier aux parents la déclaration dont il est parlé ci-dessus, puisqu'ils n'existent pas aux yeux de la loi. Il est certain qu'élevés par des individus qui peuvent être leurs parents de fait, ces enfants sont recueillis « sans l'intervention

de l'enfant, et normalement par la municipalité, par le maire de la commune de l'enfant. Un conseil d'individus choisis par le magistrat — puisque telle est la pratique en cours — constituera la tutelle ; et la personne de bonne volonté qui s'est chargée jusqu'alors de l'enfant pourra être choisie, à juste titre, comme tutrice.

Nous avons déjà critiqué ce système de constitution de tutelle. Songera-t-on seulement à y recourir ? Les autorités communales ou les particuliers auront-ils assez de sollicitude pour assurer à l'enfant ce moyen de protection qui a ici son utilité, même en l'absence de tout intérêt pécuniaire ?

Pour nous, nous l'avons dit, c'est le ministère public qui devrait provoquer l'organisation, par le tribunal, d'une tutelle pour la protection de la personne de l'enfant, plus encore que pour celle de ses intérêts matériels qui ne seront guère en jeu. Et il ne faudrait pas attendre le moment où on apprendrait que la situation de fait de l'enfant est compromettante pour lui.

des père et mère », puisque, légalement parlant, ils n'en ont pas. L'application de ce texte serait bienfaisante pour la protection des mineurs de seize ans, auxquels il se réfère seulement. Les adolescents qu'il ne concerne pas trouveraient déjà, dans leur âge, des ressources de protection. Les autorités pourraient notamment être averties, s'ils ont des biens, et une tutelle dans la forme civile leur serait au moins constituée pour la défense de leurs intérêts.

Il y'aurait lieu, croyons-nous, en réglementant expressément par une loi ce dernier système, d'obliger *catégoriquement* les maires et adjoints à veiller sur les enfants dont nous nous occupons et à informer le ministère public de leur existence, ainsi que des événements importants qui peuvent intéresser leur condition.

CHAPITRE IX

Digression sur la tutelle des enfants adultérins et incestueux.

La situation des enfants adultérins et incestueux se présente au point de vue de leur tutelle dans des conditions à peu près identiques à celle des enfants non reconnus.

Force est bien d'admettre, en l'état de la loi, que les parentés adultérines et incestueuses, dans les cas très rares où elles sont indirectement établies, ne confèrent aux père et mère aucun droit sur la personne et sur les biens de leur enfant, sauf peut-être celui qui découle de l'article 371 du code civil (1).

(1) L'article 383 n'étend, en effet, certains textes relatifs à la puissance paternelle qu'« aux père et mères des enfants naturels *légalement reconnus* ». Toutefois, quelques auteurs accordent le droit d'éducation aux parents adultérins et incestueux, bien qu'une dette alimentaire (art. 762-764 c. civ.) ne suffise guère à le justifier. (V. Beudant, *Cours de Droit civil*, t. II, p. 359 et suiv. Laurent, *Principes de Droit civil*, t. IV, p. 208, 530 et suiv.). « Au point de vue du droit, dit ce dernier auteur (*loc. cit.*,

On dit généralement que la tutelle des enfants adultérins et incestueux doit être réglée comme celle des enfants abandonnés, sans parents connus. Ainsi, pour constituer à ces enfants une tutelle dans les formes du droit civil, on songe encore en pratique — si encore on y songe ! — à réunir un conseil de famille composé par le juge de paix de personnes charitables et honorables (1). Aucun texte de loi n'autorise pourtant une aussi étrange constitution de conseil de tutelle, et par suite nous devons considérer encore cette

p. 531), nous cherchons vainement la raison de la différence que l'on établit entre le père adultérin ou incestueux et le père naturel. Il n'y en a qu'une : c'est que la reconnaissance et la recherche sont prohibées en cas d'adultère et d'inceste ; mais cette différence vient à disparaître quand la paternité est judiciairement établie. Dès que la paternité est constante, l'enfant a droit à l'éducation ; donc le père a la puissance paternelle et partant la tutelle ».

Cette opinion est à peu près isolée. N'est-elle pas, apparemment, contraire à la volonté de la loi ? Il est bien douteux, en effet, qu'un constat indirect de la parenté adultérine et incestueuse soit la reconnaissance légale dont parle l'article 383. Et même si nous admettions avec Laurent que les parents adultérins et incestueux ont sur la personne de leurs enfants des droits de puissance paternelle, il n'en résulterait pas qu'ils aient la tutelle. Il faudrait actuellement étendre ici encore la solution que nous avons admise, en l'état de la législation, pour la tutelle des enfants naturels reconnus.

(1) Un arrêt de Toulouse en date du 25 juillet 1809 décide qu'il y a toujours lieu à la tutelle dative pour les enfants adultérins et incestueux (Dalloz. J. G. V^o Minorité, n^o 687, 3^e).

tutelle dative comme impossible juridiquement en pareille hypothèse (1).

La seule solution admissible est toujours l'intervention du tribunal civil donnant à l'enfant adultérin ou incestueux un tuteur, un subrogé-tuteur et prenant lui-même le rôle du conseil de famille.

Quel système faut-il préconiser pour combler législativement la lacune que présente la loi au sujet des enfants adultérins et incestueux ?

On ne peut guère songer ici à l'institution d'une tutelle légale. Pour concevoir sa possibilité, il faudrait déjà que le législateur accordât formellement aux parents des droits sur l'enfant, ce qu'il pourrait faire à la rigueur. Mais il est bien difficile de croire qu'en l'état

(1) En Italie, aux termes de l'article 261 du code civil, le conseil de tutelle des enfants adultérins ou incestueux se compose du préteur et de deux conseillers communaux ou de deux autres personnes désignées par le préteur lui-même. C'est ce conseil qui nomme le tuteur et le protuteur (subrogé-tuteur). En Espagne, les parents qui ont reconnu des « *espurios* » peuvent leur nommer un tuteur, un subrogé-tuteur et désigner les membres du conseil de famille (art. 206 et 294 du code civil), sinon le *fiscal* municipal président et quatre voisins honorables forment le conseil de famille qui nomme le tuteur et le subrogé-tuteur. En Portugal, à défaut de désignation, par testament ou par acte entre-vifs, du tuteur par les père et mère, l'enfant illégitime « *espurio* » reçoit un tuteur nommé par le juge du lieu qui joue le rôle de conseil de famille, les fonctions du protuteur (subrogé-tuteur) étant attribuées au curateur des orphelins (art. 279 et 280 du code civil).

actuel de la loi, la puissance paternelle ait été étendue à cette sorte de parenté.

Il faut reconnaître, du reste, que la situation de l'enfant adultérin et incestueux est beaucoup plus délicate et plus précaire que celle de l'enfant naturel simple. Le législateur ne doit-il pas se défier du caractère essentiellement anormal de son origine ? La moralité des parents permet-elle qu'il leur soit confié ? Certes, le désordre qu'on leur reproche est trop grave pour que ces questions soient vaines. Aussi, pourrait-on adopter la solution qui nous semble s'imposer déjà dans le silence de la loi, c'est-à-dire qu'un tuteur nommé par le tribunal devrait être chargé de la direction de la personne et des biens du mineur. Comme l'intérêt de l'enfant doit être avant tout protégé, la liberté d'action du tribunal devrait être considérable et aller, s'il le fallait, jusqu'à investir de cette tutelle l'un des parents de l'enfant.

Les liens qui rattachent les « *espurios* » à leur père et mère sont même établis très solidement dans certaines législations, par exemple dans celles du Portugal et de l'Espagne (1).

(1) Le Code civil allemand ne fait aucune différence entre les diverses catégories d'enfants illégitimes (simples, adultérins, incestueux) pour la situation juridique de l'enfant naturel à l'égard de sa mère et des parents de sa mère.

Avant de ménager les convenances sociales, il importe de ne pas blesser la justice, comme on le fait en traitant l'enfant adultérin ou incestueux avec une iniquité flagrante, en souvenir de la faute commise par ses parents. Cet enfant ne doit pas être impitoyablement frappé pour une immoralité qu'il n'a pas commise : on devrait songer à organiser le mieux possible sa protection et même à augmenter ses droits sur les biens de ses père et mère. N'est-ce pas l'occasion de répéter cette maxime connue : la vraie morale se moque de la morale ?

En fait, comme la situation de ces malheureux enfants ne peut être constatée qu'indirectement, leur nombre sera légalement fort restreint. Et ils seront parfois confiés eux aussi aux établissements d'assistance publique qui auront la surveillance de leur personne et de leurs biens.

Par cette courte digression sur la tutelle des enfants adultérins ou incestueux, nous n'avons voulu que rappeler d'une façon très générale quelles difficultés soulèvent leur condition juridique et spécialement l'organisation de leur tutelle. Leur situation légale étant fort différente de celle des enfants naturels simples et nécessitant un régime spécial, nous avons laissé ces enfants en dehors de notre étude. Les dispositions qui les concernent sont très particulières et

doivent se lier étroitement, de sorte que, nous l'avons déjà dit, un travail différent du nôtre pourrait leur être tout entier consacré.

DEUXIÈME PARTIE

**Application du système de tutelle dative
qui prévaut dans la pratique**

CHAPITRE PREMIER

Organisation de la tutelle.

Après les discussions théoriques tendant à déterminer la tutelle qu'il convient d'appliquer aux enfants naturels, une étude bien différente et plus spéciale s'impose : celle de l'organisation du système de la tutelle dative admis récemment par la Cour de cassation et qui paraît devoir prévaloir en pratique.

Nous avons déjà dit que la plupart des auteurs s'accordent pour admettre que dans le titre X, chapitre II du code civil, la section v (du subrogé tuteur), la section vi (des causes qui dispensent de la tutelle), la section vii (de l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle), la section viii (de l'administration du tuteur), la section ix (des comptes de tutelle), sont applicables au tuteur par quelque pouvoir qu'il soit nommé. Ils admettent aussi l'observation de la section iv pour la composition du conseil de famille, et même pour la nomination d'un tuteur autre que les

père et mère. Où l'accord n'existe plus, on le sait, c'est au sujet de la tutelle légale, et accessoirement de la tutelle testamentaire que certains jurisconsultes admettent pour l'enfant naturel. Nous ne suivrons pas ici ces derniers dans leur manière de voir, et, avec les partisans de la tutelle dative, nous ne chercherons qu'à appliquer la seule tutelle déférée par le conseil de famille. Il faudra toutefois se demander s'il ne conviendra pas de compléter nécessairement ce système par des articles de sections antérieures. Cette extension des dispositions de la loi à un groupe d'enfants dont elle ne se préoccupait pas ici ne va pas sans inconvénients. Il importe de faire avec beaucoup de circonspection une adaptation délicate des textes à une situation nouvelle, et des tempéraments bien graves pour n'être pas arbitraires s'imposent dans l'application du Code. Encore une fois, cela contribue à nous faire douter de la valeur légale d'une pareille extension de la loi aux enfants naturels.

Dans la tutelle dative, le conseil de famille joue un rôle encore plus prépondérant que dans les autres. Son intervention ne s'arrête pas à la nomination du subrogé-tuteur (la subrogé-tutelle étant toujours dative) ou à celle d'un protuteur. Son rôle ne se borne pas non plus, après la constitution de la tutelle, à donner des autorisations et à formuler des délibérations. Lui seul a le pouvoir de choisir le tuteur, et pour ce

faire, il a en principe une liberté illimitée. En somme, il est le rouage primordial de cette tutelle. Aussi la loi veille-t-elle à ce qu'il soit convoqué le plus tôt possible, afin que le mineur ne reste pas sans protecteur. Aux termes de l'art. 406, les parents de l'enfant, ses créanciers ou autres parties intéressées peuvent requérir la formation du conseil de famille en vue de l'organisation de la tutelle. Le juge de paix du domicile du mineur peut même le convoquer d'office, et la loi invite toute personne à dénoncer au magistrat le fait qui peut donner naissance à la nomination du tuteur.

On applique ce texte à la tutelle dative des enfants naturels. Le mot « parents » s'entend ici dans un sens spécial. C'est, en effet, l'occasion de rappeler que d'après la loi et sauf la qualité de père et mère d'une part et de fils de l'autre, la filiation naturelle reconnue n'engendre pas de parenté, mais simplement un droit de retour successoral édicté par l'art. 766 au profit des frères et sœurs légitimes, des droits successoraux déterminés par l'art. 766 *in fine* au profit des frères et sœurs naturels, et en matière de mariage des prohibitions aussi étendues que dans la famille légitime, parce qu'elles sont fondées sur l'ordre social et la décence publique. Il faudra donc entendre, dans le cas de l'enfant naturel, le terme parent de l'art. 406 dans le sens de : père et mère légalement connus de l'enfant, ce qui

restreint et modifie même la signification et la portée du texte dont nous parlons. Les parents des père et mère de l'enfant naturel qui voudront provoquer la convocation du conseil de famille ne pourront que dénoncer au juge de paix le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur. L'enfant naturel étant dans une situation qui ne lui assurera pas toujours la garantie d'affections nombreuses, sûres et vigilantes, l'initiative du juge de paix devra avoir lieu de s'exercer plus souvent encore que pour l'enfant légitime. Son rôle, en toutes ces matières, pourra être plus tutélaire que de coutume. Il paraît bien, en effet, qu'une tâche de protection sociale s'impose très largement en faveur d'un être qui, ne jouissant pas des garanties de la famille légitime, se trouve un peu dans la condition d'un enfant abandonné.

En fait, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, il arrivera que la tutelle dative des enfants naturels reconnus ne sera pas ou ne sera que tardivement organisée; et on aura ainsi bien peu l'occasion de la rencontrer en pratique. L'enfant n'aura pas, en général, de biens propres, et il n'y aura aucun intérêt à organiser la tutelle dès sa naissance. Du jour seulement où la nécessité s'en présentera, c'est-à-dire quand l'enfant, surtout par donation ou par legs, aura un patrimoine, on organisera cette tutelle qui n'aura eu ainsi jusqu'alors qu'une sorte d'existence virtuelle. C'est

d'ailleurs ce qui a lieu bien souvent pour les enfants légitimes dans les familles pauvres ; en l'absence de tout intérêt, la tutelle n'est jamais organisée : le survivant des père et mère, pas plus que les autres parents, encore moins des intéressés qui le plus souvent n'existent pas, ne songent à user d'initiative en vue de la convocation du conseil de famille. Il peut même se faire, alors que l'enfant possède des biens propres, que par négligence ou par ignorance la tutelle ne soit pas organisée. Et ce cas pourra se présenter au sujet d'un enfant naturel : en cette occurrence, les parents conserveront peut-être longtemps une administration de fait, une sorte de tutelle légale soustraite au contrôle salutaire d'un subrogé-tuteur et d'un conseil de famille.

Nous avons dit, d'autre part, combien pouvait être précaire la condition de l'enfant naturel non reconnu : nous ne reviendrons pas sur ce sujet. Etant donnée la pratique courante, c'est surtout de l'initiative perspicace ou avertie du juge de paix qu'il faudra espérer le remède à cette situation, c'est-à-dire la constitution d'une tutelle.

Il faut six membres au moins pour composer un conseil de famille (art. 407). Normalement celui-ci doit être formé de « parents ou alliés pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte, que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel,

moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. — Le parent sera préféré à l'allié de même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins » (art. 407). Mais comment composer un conseil de famille à un enfant qui, à part ses père et mère reconnus, n'a pas de parents aux yeux de la loi ? L'article 409 ne nous permet guère de sortir de cette situation embarrassante. « Lorsque les parents ou alliés de l'une ou l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux ou dans la distance désignée par l'art. 407, le juge de paix appellera soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère des mineurs ». Des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, il n'y en aura pas plus que dans la commune elle-même. Et c'est pourquoi, nous le savons, on adopte, comme règle générale pour la formation de cette assemblée, qui sera alors appelée improprement conseil de famille, un mode de procédure que l'art. 409 nous présente comme exceptionnel pour les enfants légitimes et qui consistera à composer le conseil avec des amis ou de prétendus amis.

Ici encore, le rôle du juge de paix sera bien difficile et nécessitera toute sa sagacité. Le choix d'amis exige une appréciation qui est toujours délicate et qui,

par sa nature même, échappe à tout contrôle. La qualité d'amis résulte d'une longue intimité, et ce ne sont que les vrais amis qui s'intéresseront aux enfants de leurs amis. On admet que le juge de paix pourra prendre des individus connaissant simplement les père et mère ou l'un d'eux, s'il ne parvient pas à trouver des personnes ayant avec eux des relations habituelles d'amitié. Souvent même il lui faudra se borner à choisir des personnes charitables qui présenteront, par leur caractère même, des garanties de moralité et de dévouement. Ne marchandant pas leur sympathie à tout ce qui est généreux, elles seront peut-être les membres du conseil les plus sûrs et les plus capables de s'intéresser à l'enfant. En somme, le juge de paix devra rechercher les individus présumés devoir aimer l'enfant. On détournera peut-être quelque peu la loi de sa signification exacte : on tendra souvent à se procurer pour l'enfant des amis, en prenant ce mot dans un sens large, plus encore qu'on ne cherchera des personnes ayant avec son père ou sa mère d'incertaines relations.

D'après l'article 409, il semblerait que les amis ne pourront être régulièrement choisis que dans la commune du mineur : on ne peut exiger qu'ils se déplacent et négligent leurs propres affaires pour celles d'un enfant qui n'est, après tout, qu'un étranger pour eux. Pourtant on a reconnu que le juge de paix, ne trou-

vant sur les lieux que des indifférents, pourra choisir des personnes plus dévouées hors de la commune et même hors de la distance légale prescrite pour le choix des parents et alliés. C'est une mission peu agréable que celle de faire partie d'un conseil de famille avec obligation éventuelle d'accepter le poste de tuteur ou celui de subrogé-tuteur. Il ne faut pas, par une rigoureuse interprétation du texte, limiter le choix du juge de paix au territoire de la commune. En pratique, on admet déjà, dans le cas de la famille légitime, que des amis demeurant au dehors de la commune peuvent être convoqués par le juge de paix. D'autre part, celui-ci trouve, dans l'article 410, l'autorisation « de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de même degrés que les parents ou alliés présents ». Or, dans la tutelle de l'enfant naturel, constituée du moins sous la forme juridiquement très critiquable de la tutelle dative, la composition du conseil de famille s'effectue avec des amis : il est logique, dès lors, d'appliquer à leur égard la disposition que la loi édicte expressément au sujet des parents et alliés dans le cas de la tutelle légitime.

Le juge de paix pourra-t-il appeler au conseil les parents des parents de l'enfant naturel, les membres de sa famille naturelle au vrai sens du mot ? Ceux-ci constituent pour l'enfant une parenté de fait. Le lien

du sang subsiste en dépit de la loi qui veut l'ignorer. Devra-t-on tenir compte de cette parenté de fait dans la constitution du conseil de famille ? La réponse est bien simple : le juge de paix pourra toujours choisir, à titre d'amis, si toutefois il les en juge dignes, les individus qui se rattachent à l'enfant par des liens naturels. Nous disons : à titre d'amis, et non à titre de parents, rejetant une opinion de Loiseau qui prétendait, à tort, que d'après le texte de la loi le conseil de famille devait être formé des parents des parents et non des parents de l'enfant. Nous n'appliquerons donc pas les règles qui appellent au conseil les ascendantes veuves et les frères germains et maris des sœurs germaines, ces deux dernières catégories y entrant sans limitation de nombre (art. 408) (1). Il est presque inu-

(1) L'enfant naturel peut avoir, en effet, comme l'enfant légitime des frères germains, des frères utérins et des frères consanguins, et les uns et les autres peuvent être légitimes ou naturels. Toute cette parenté de fait ne présente d'intérêt juridique qu'au point de vue des successions et des prohibitions du mariage. Les frères naturels (en prenant ce mot dans son sens absolu) offriront généralement des garanties plus grandes d'affection et de sollicitude pour le mineur naturel dont ils partagent en quelque façon le sort. Ce sont eux surtout qui mériteront, par suite, d'être appelés au conseil en qualité d'amis.

L'article 408 admet comme membres d'une tutelle, en les exceptant de l'exclusion des femmes, les ascendantes veuves (le texte dit improprement les veuves d'ascendants). Mais il n'y aura pas lieu d'appliquer cette règle à la tutelle de l'enfant naturel : ces ascendantes n'existent pas aux yeux de la loi comme

tile d'ajouter que le juge de paix n'aura qu'à appliquer par analogie, s'il le juge bon, à la famille de fait de l'enfant naturel cette disposition très sage de l'article 407 *in fine* : « Le parent sera préféré à l'allié de même degré ; et, parmi les parents de même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins ».

Le Code (art. 407) exige que les parents ou alliés appelés à composer un conseil de famille soient pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel. On devra évidemment tenter l'application de ces divisions avec les amis destinés à composer le conseil de famille de l'enfant naturel. Mais cette combinaison ne sera pas toujours possible. Aussi a-t-il été jugé que la disposition du code civil qui veut que le conseil de famille soit composé de six parents ou alliés, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, n'est pas applicable au cas où le mineur est un enfant naturel (Cass. Req., 3 sept. 1806) ; que le conseil de famille de cet enfant peut être entièrement composé des parents du père qui l'a reconnu, si tel est l'intérêt de l'enfant (Req., 7 juin 1820) ; que la mère ne peut demander la nullité de la nomination du tuteur donné à son enfant naturel, sous le prétexte que les indivi-

parentes de cet enfant. Et d'ailleurs elles ne présenteront guère en fait les mêmes garanties de dévouement à l'enfant que dans la famille légitime.

dus appelés à composer le conseil de famille, non seulement ne sont pas tous domiciliés dans la commune où la tutelle s'est ouverte, mais ont été pris exclusivement parmi les amis du père naturel (même arrêt) (1).

En somme, c'est l'intérêt de l'enfant qui devra servir de guide dans cette application analogique de la loi. Comment faire d'ailleurs, si un seul de ses père et mère est légalement connu? Pour répondre au vœu de la loi qui, en édictant cette division du conseil en lignes différentes, a tenté d'établir une surveillance plus protectrice des intérêts du mineur, le juge de paix ne pourrait-il pas, après avoir choisi des amis du côté du père ou de la mère qui a reconnu l'enfant, appeler pour former l'autre ligne des personnes charitables quelconques (2)? C'est faire la loi, nous ne nous le dissimulons pas ; mais tout ce système de tutelle dative de l'enfant naturel est arbitraire, et encore mieux que tout autre ce procédé répondrait au vœu du législateur. Des personnes ne connaissant pas le père ou la mère apporteraient au conseil plus d'indépendance à leur égard. De plus, cette constitution du conseil permettrait d'obéir, dans une certaine mesure, à l'esprit de la loi.

(1) Voir ces arrêts dans Dalloz. J. G., n^{os} 689 et 694. V^o Minorité, en note, sous les n^{os} 237, 238 et 239.

(2) Il pourrait même appeler comme tels les parents du parent non légalement connu, ce parent lui-même ; l'intérêt de l'enfant doit être ici la considération primordiale.

L'article 423 ordonne, en effet, de prendre le subrogé-tuteur dans une autre ligne que le tuteur. Le conseil pourra, d'une part, donner la tutelle à un des amis du parent légalement connu, choisir même ce dernier; et, d'autre part, prendre le subrogé-tuteur parmi les personnes étrangères à ce parent. On pourra faire aussi un choix inversement contraire. Il est bien difficile, disons-le une fois de plus, d'observer ici la loi, et notre solution, impraticable d'ailleurs avec le conseil de famille de l'enfant non reconnu, n'est en définitive qu'un pis-aller, pour éviter un concert frauduleux entre les membres d'une même ligne, et assurer un contrôle sincère de la gestion du tuteur.

Une fois constitué, le conseil de famille sera appelé à désigner le tuteur de l'enfant naturel. Il pourra toujours choisir comme tel le père ou la mère de l'enfant; s'il ne les en juge pas dignes, il désignera tout autre membre du conseil. Mais il semble alors que dans cette dernière hypothèse une difficulté menace de surgir. L'article 432, en effet, est ainsi conçu : « Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle ». Or Demolombe donne à ces mots : en état de gérer la tutelle, cette interprétation : « qui ne se trouvent pas

dans les cas d'incapacité ou d'exclusion prévus par la loi (1) ». Ainsi, chaque fois qu'on ne serait pas en présence des causes d'incapacités légales déterminées par l'article 442 et pouvant être invoquées par les père et mère légalement connus, il faudrait décider, si on admettait la manière de voir de Demolombe, qu'une autre personne du conseil de famille pourrait toujours refuser les lourdes et fastidieuses attributions de tuteur. Si elle en prenait la charge, ce serait de plein gré et son obligation dériverait d'un quasi-contrat. Mais, avec cette interprétation de l'article 432, que deviendrait le plus souvent la garantie de la tutelle ? A quoi bon décider que, pour l'enfant naturel, la tutelle sera dative et non légale, parce qu'on craint l'inaptitude morale des père et mère de l'enfant ? On ne pourrait pas le plus souvent forcer d'autres personnes à accepter cette tutelle, hors le cas spécial où les père et mère seraient frappés d'une incapacité légale. Les amis choisis comme tuteurs se refusant, force serait de nommer un parent présent de l'enfant ! — Il convient donc de donner une autre signification aux mots : « en état de gérer la tutelle » et décider qu'ils se rapportent, non à la capacité légale, mais à la capacité de fait dont le conseil de famille est seul juge. Demolombe prétend qu'avec cette interprétation

(1) Demolombe. *Cours de Code civil*, t. VII, n° 417.

il faudra redouter l'arbitraire du conseil de famille ! Mais c'est cette appréciation arbitraire qui est précieuse dans notre espèce ! L'étrange, en cas de tutelle dative, ne serait-ce pas une disposition infaillible de la loi obligeant, en quelque sorte, à désigner pour tuteur un parent incapable ou indigne, et qui dans notre cas, serait forcément le père ou la mère de l'enfant naturel ? (1)

(1) Voir dans la *Gazette du Palais* (n° de janvier 1900, p. 58), un jugement du tribunal civil de la Seine du 22 novembre 1899, d'après lequel un étranger, choisi comme tuteur à défaut de parent ou d'allié dans un rayon de plus de 4 myriamètres, pourrait refuser la tutelle, s'il était domicilié lui-même au-delà de cette distance. On prétend que cette solution ressort d'une manière évidente des dispositions de la loi, bien que celle-ci soit silencieuse. Il faudrait, prétend-on, lire l'article 432 en le complétant par ces mots : « A condition que cet étranger soit lui-même domicilié dans cette distance », parce qu'« il serait déraisonnable d'admettre que le conseil de famille pût imposer la lourde charge de la tutelle à sa fantaisie à toute personne qu'il lui plaira de choisir en France, fût-ce à l'extrémité opposée du territoire, alors qu'il est lui-même composé de gens qui sont nécessairement sur place et tous aptes à être investis de la fonction à remplir ». (Motifs du jugement). Il s'agissait précisément de la nomination en qualité de tuteur d'enfants naturels d'une personne domiciliée à plus de 4 myriamètres du lieu d'ouverture de la tutelle. Le tribunal lui permit de refuser les fonctions que lui attribuait le conseil de famille. La thèse de ce jugement semble logique, si elle est peut-être quelque peu prétorienne. Les inconvénients de la nomination d'un tuteur éloigné se conçoivent surtout si l'on admet la doctrine de l'immutabilité du domicile de la tutelle. D'une façon générale, il paraît bon, d'ailleurs, que le tuteur ne soit pas choisi à une trop grande distance du lieu où réside l'enfant et où se trouvent sans doute ses intérêts à l'ouverture de la tutelle. Il faut

La mère, comme le père, pourra être investie de la tutelle. L'article 442 l'exclut de l'exclusion qu'il prononce à ce sujet à l'égard des femmes, et on sait qu'elle est susceptible d'être tutrice légale dans la famille légitime. Pourquoi la mère ne ferait-elle point partie du conseil de famille, et pourquoi celui-ci ne pourrait-il pas la désigner pour les fonctions de la tutelle ? On n'en pourrait fournir aucune bonne raison. En fait, c'est elle qui sera souvent choisie comme tutrice. Pourrait-elle user dans ce cas de la faculté que lui laisse l'article 394 dans le cas de tutelle légitime, c'est-à-dire refuser la tutelle ? Nous le croyons. Peu importe le mode d'investiture de la tutrice, les motifs de décider sont identiques. Le législateur a permis à la femme de consulter ses capacités et ses forces et de décliner la charge de la tutelle, si elle s'en jugeait incapable. Il y a même raison de décider au sujet de la mère naturelle, tutrice dative. Elle pourrait donc refuser la tutelle ; et même — c'est là une solution qui est généralement admise pour la tutelle légale de la mère légitime — elle devrait pouvoir aussi se démettre de la tutelle qu'elle aurait commencé de gérer. L'article 394 ne dit pas que la mère ne peut

se garder, en outre, « d'aggraver par une rigueur que rien ne justifie une obligation légale qui, par elle-même, est fort onéreuse pour le citoyen sur lequel elle pèse. » (Motifs du jugement).

plus refuser la tutelle après l'avoir acceptée, il dit simplement qu'elle n'est pas tenue d'accepter la tutelle. N'est-ce pas précisément l'expérience de sa mauvaise gestion qui la convaincra quelquefois de son incapacité en la déterminant raisonnablement à se démettre d'une fonction qui est au-dessus de ses facultés ?

L'article 395 du code civil oblige la mère tutrice qui veut se remarier à convoquer le conseil de famille pour décider si la tutelle doit lui être conservée. « A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aurait indûment conservée (1) ». Il semble bien que cette disposition doive être appliquée à la mère naturelle, tutrice dative, qui se marie avec un autre que le père de son enfant. Les raisons de décider sont les mêmes que dans l'espèce considérée par le législateur. Il s'est défié du caractère de la femme, versatile, impressionnable, facilement soumise à des influences diverses ; il a pensé qu'en fait ce serait le mari qui gérerait la tutelle, et qu'il fallait dès lors examiner s'il était digne de cette gestion. Le conseil de famille aurait donc à se rendre compte si la situation nouvelle de la

(1) Nous laissons de côté la délicate question de l'étendue de cette responsabilité. Elle est la même que pour la tutelle de l'enfant légitime.

mère assure à l'enfant naturel les mêmes garanties d'affection et de dévouement. Taulier n'admet pourtant pas l'extension de notre article à la mère naturelle : serait-ce parce que, considérant son habitude de vivre seule, il la juge plus apte à exercer avec autorité ses prérogatives sur l'enfant, ce qui pourrait peut-être se soutenir ? Non, c'est qu'il admet la tutelle légale des parents de l'enfant naturel en vertu de la loi de nature et qu'il ne veut pas introduire dans un ordre de chose uniquement fondé sur cette grande loi « les modifications civiles que la loi écrite a cru devoir adopter par des considérations personnelles aux enfants légitimes ». Le dissentiment de Taulier est à peu près isolé (1). Et c'est ainsi qu'il a été jugé par application de l'article 395, que le mari d'une femme ayant déjà un enfant naturel serait responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée, alors du moins que le mari n'aurait pas ignoré l'existence de cet enfant (Caen, 22 mars 1860). Il faudrait aussi appliquer par analogie l'article 396 ainsi conçu : « Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la

(1) En notre sens : Demolombe, *Cours de Code civil*, VIII, 387.—Amiens, 23 juillet 1814 (S. Devilleneuve, *Col. nouv.*, IV, 2, 399). — *Req. rejet.*, 31 août 1815 (S. 15, 1, 361).—Lyon, 6 mars 1859. (S. 60, 2, 431). — Caen, 22 mars 1860. (S. 60, 2, 610).

En sens contraire : Taulier, *Théorie du Code civil*, II, p. 22 et 23.

tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur, le second mari qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage ». Les deux époux géreront la tutelle conjointement, leur concours sera nécessaire pour tous les actes qui s'y rapportent, ce qui pourra toutefois créer un conflit de vues souvent dangereux ; lors de la cessation de la tutelle, il ne sera rendu qu'un compte unique pour la gestion des deux époux. C'est ce qui ressort d'un arrêt de cassation du 19 avril 1886 (1).

(1) D. 87, 1, 171 ; S. 90, 1, 109.

Au surplus, il y aurait d'autre motifs pour justifier ici l'extension de l'article 395. On reconnaît généralement que les causes d'incapacité, d'exclusion, de destitution, écrites dans les articles 442 et suivants, sont applicables aux père et mère naturels, tuteurs de leur enfant ; or la déchéance prononcée par l'article 395, est fondée, elle aussi, d'une certaine façon, sur un motif de suspicion.

— Faut-il admettre au point de vue de la direction de la personne de l'enfant que la mère naturelle perdra ici le droit de correction par l'application analogique de l'article 381 relatif à la mère légitime ? Malgré des raisons identiques de le décider, on ne le peut guère, par suite de l'imperfection de la loi. On sait que celle-ci (art. 383) n'étend aux père et mère naturels que les dispositions des articles 376, 377, 378 et 379, ce qui exclut l'application directe ou *a contrario* de notre article 381. D'ailleurs tout le titre IX est à réformer en ce qui concerne les enfants naturels. La loi, nous l'avons dit, semble avoir ici plus de confiance en la famille illégitime qu'en la famille légitime. Il donne à la première des droits plus absolus. Ainsi la mère légitime survivante et non remariée n'exerce son droit de correction que par voie de réquisition, tandis que la mère naturelle paraît

Lorsqu'on n'aura pas attribué la tutelle au père ou à la mère, il en résultera une dangereuse dualité de direction au sujet des intérêts matériels et moraux de l'enfant. Les parents conserveront les droits précieux de la puissance paternelle sur la personne du mineur, le tuteur aura la gestion des biens. Or, ces deux directions ont souvent une répercussion forcée l'une sur l'autre. Les parents voudront peut-être donner à l'enfant une situation conforme à ses aptitudes lorsque ses revenus joints aux leurs pourront y suffire. Si le tuteur se refusait absolument à y contribuer pécuniairement avec les ressources provenant de la fortune personnelle de l'enfant, les tribunaux civils devraient certainement intervenir pour maintenir entre eux l'unité de vue toujours féconde en heureux résultats (1).

devoir exercer seule ou concurremment avec le père naturel ce même droit de correction par voie d'autorité; si du moins l'enfant est âgé de moins de 16 ans. La mère légitime doit demander l'assentiment des deux plus proches parents paternels de l'enfants, tandis que la mère naturelle n'est aucunement soumise à cette obligation par le texte du Code; et d'ailleurs comment pourrait-elle y répondre, si le père naturel est légalement inconnu? A vrai dire, il y a à ce sujet, comme en matière de tutelle, une négligence très grave du législateur à l'égard de l'enfant naturel, et il est malaisé de le justifier sérieusement à ce sujet.

(1) La pratique a une tendance à saisir le président du tribunal statuant en référé. On cherche à considérer cette affaire, ainsi que tout autre de ce genre, comme provisoire et urgente (art. 806 c. proc. civ.).

Enfin, si le tuteur était pris parmi les personnes appelées à titre d'amis, le subrogé-tuteur pourrait être choisi parmi les parents reconnus de l'enfant naturel. Rien n'empêche, en effet, le conseil de famille de juger l'un d'eux plus capable d'un rôle de contrôle que d'une gestion active. Mais, si ceci n'est pas douteux, qui ne voit le danger de choisir comme tuteur et subrogé-tuteur les deux parents de l'enfant ? Quel risque de collusion !

Si le conseil de famille n'est pas un corps permanent il sera bon, toutefois, ici comme dans la tutelle légitime, de s'astreindre à lui donner, autant que possible, dans ses convocations successives, la même composition que lors de sa première réunion. A défaut de la permanence qui serait pour lui une qualité idéale, cette condition de composition identique assurera dans une certaine mesure l'unité dans la direction de l'enfant. Aussi serait nulle la délibération lors de laquelle la composition du conseil de famille aurait été modifiée à dessein pour briser une majorité dévouée au mineur, et spécialement celle prise par un conseil duquel auraient été exclues deux personnes particulièrement connues pour avoir eu des relations d'amitié avec la mère de ce mineur, enfant naturel, et pour porter un vif intérêt à celui-ci (Bordeaux, 9 juin 1863) (1).

(1) S. 1864, 2, 9.

Nous avons signalé, sans les énumérer toutes (1). les difficultés que soulève l'adaptation à l'enfant naturel de textes rédigés pour le seul enfant légitime. L'attention que ce travail exige sera plus nécessaire encore lorsqu'on hésitera, au sujet de l'enfant légitime lui-même, sur le sens de la loi, et qu'on se trouvera plutôt en présence d'un système prétorien. Evidemment, ce sera alors le seul intérêt de l'enfant qui devra dicter la solution de la difficulté. C'est cet intérêt surtout que nous considérerons dans la question que nous allons aborder.

(1) C'est ainsi que le père et la mère naturels n'ayant pas la jouissance légale des biens du mineur, ne devront pas être dispensés de vendre les meubles, dispense que l'article 453 édicte en faveur des père et mère légitimes.

En sens inverse, il semble que les parents naturels profiteront des dispositions des articles 454 et 470, bien qu'elles aient été, en dépit de leurs termes généraux, manifestement écrites en vue de la tutelle légale de l'époux survivant. Il pourra y avoir toutefois des contestations sérieuses à cet égard.

CHAPITRE II

Question relative à la doctrine de l'immutabilité du siège de la tutelle.

Y a-t-il un siège, un domicile de la tutelle fixe et distinct du domicile du mineur, et quel est-il ? A quel moment faut-il se placer pour le déterminer ?

Une doctrine et une jurisprudence presque unanimes ont affirmé l'existence d'un domicile spécial de la tutelle, et, loin de l'associer au domicile personnel du tuteur, elles lui ont assigné une assiette fixe et invariable. Ce domicile de tutelle serait celui du mineur à l'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire, pour l'enfant légitime, lors de l'événement qui donne naissance à la tutelle et, par conséquent, en cas normal, au moment de la mort d'un de ses parents. C'est dans la commune où l'enfant avait alors son domicile que devra toujours se réunir le conseil de famille compétent. Et peu importe qu'en fait cette tutelle n'ait pas été organisée de suite. Quand on la constituera avec tous ses élé-

ments de fonctionnement, quand il s'agira de réunir le conseil de famille, il faudra revenir au siège où elle aurait dû être organisée dès le principe. M. Magnin (1) a proposé de donner à la tutelle un autre domicile, celui du mineur au jour de l'organisation de la tutelle par la réunion du premier conseil de famille ; mais cette opinion n'a pas été suivie.

Ainsi on a admis qu'il y aurait un domicile de tutelle immuable, et qu'une fois déterminé, il ne suivrait pas, comme celui du mineur, les vicissitudes du domicile du tuteur.

Sur quelles raisons s'appuie cette manière de voir ? Il est évident, dit-on, que le législateur n'a pas voulu laisser à l'arbitraire la composition et la direction du conseil de famille. Il a tenu à ce que, depuis la constitution jusqu'à la fin de la tutelle, le même conseil de famille, c'est-à-dire un conseil de famille convoqué au même lieu et devant le même magistrat, fût appelé à surveiller et à autoriser les actes de la tutelle. Il ne faut pas permettre aux tuteurs de se soustraire « à la surveillance naturelle du véritable conseil de famille et de livrer le mineur à l'arbitraire des conseils étrangers et indifférents à ses intérêts (2) ». C'est, dit-on,

(1) *Des Minorités*, t. I, n° 70 et suiv.

(2) Motifs. Cassation, 11 mai 1842. (S. 1842, I, 661. D. 42, 1, 217).

au siège de premier conseil de famille que se trouve le juge de paix le plus capable de « connaître la situation du mineur et de diriger les délibérations du conseil (1) » ; c'est « dans ce lieu que ce magistrat pourra le mieux trouver, pour le composer, des parents, des alliés, des amis de la famille portant intérêt au mineur (2) ». Ainsi, ce qui importe avant tout, c'est d'empêcher le tuteur de se soustraire par la mobilité du conseil de famille à la surveillance des parents du mineur ou à celle des personnes qui sont dévouées à l'enfant, en les faisant remplacer, dans la composition du conseil, par des indifférents, des étrangers ou des individus avec lesquels il est d'intelligence. Ce motif est indiqué dans plusieurs arrêts et répété par de nombreux auteurs depuis Daniels, qui a soutenu pour la première fois ce système en 1809.

Jusqu'en 1842, il semble qu'on n'appliquait cette règle de l'immutabilité du domicile de la tutelle que dans l'hypothèse de la tutelle dative. Mais à partir de cette époque, la Cour de cassation a posé le

(1) Cass. Belgique, 7 mai 1883 (S. 1885, 4, 10).

(2) Arrêt du 29 novembre 1809 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 209, 1° ; et les conclusions de Daniels, *ibid*, n° 213).

Voir notamment : Cass. 11 mai 1842 (S. 1842, 1, 661. D. 42, I, 217).

principe d'une manière générale, sans distinguer par suite entre la tutelle légale et la tutelle dative (1).

Avant de décider s'il faut étendre aux enfants naturels la règle, généralement admise pour les enfants légitimes, d'un domicile de tutelle immuable et distinct du domicile du mineur, il convient de se demander si elle est légale et sur quels textes elle repose. Or, il semble bien qu'elle n'ait pas une base suffisante dans la loi. L'article 406 sur lequel on l'appuie décide seulement que le conseil doit être réuni par le juge de paix du domicile du mineur. Il ne dit rien de plus. L'article 407 ajoute bien qu'il faut choisir les personnes appelées à composer le conseil de famille « dans la commune où la tutelle sera ouverte », mais il paraît ne s'occuper en cela que de la tutelle dative à instituer, et du premier conseil de famille chargé de de l'organiser. En l'absence d'une disposition formellement contraire de la loi, il semble plutôt que le siège de tout autre conseil de famille doive changer avec le domicile du mineur (arg. art. 406). L'article 409 et l'article 421, spécial à la nomination du subrogé-tuteur, ne nous donnent pas d'indication nouvelle,

(1) Cass. 11 mai 1842 (S. 42, 1, 661. D. 42, 1, 217). — 4 mai 1846 (S. 46, 1, 465. D. 46, 1, 129). — 17 décembre 1849 (S. 50, I, 299. D. 50, I, 77). — 2 mars 1869 (S. 69, I, 151. D. 69, I, 199). — *Adde*, Rouen, 24 février 1870 (S. 71, 2, 44). — Cass. Belgique, 7 mai 1883 (S. 1885, 4, 10).

de sorte que la base juridique du prétendu principe dont on parle est extrêmement contestable. Aussi des juriconsultes se sont-ils élevés contre l'opinion généralement admise et ont-ils nié l'existence légale de cette règle.

Laurent (1) pense que le domicile de la tutelle n'est pas immuable, qu'il n'y a même pas de domicile de la tutelle, qu'il y a seulement un domicile du mineur, lequel est variable et détermine le lieu où s'ouvre la tutelle, ainsi que celui où le conseil de famille se réunit. Cet auteur se refuse donc à admettre un domicile spécial de la tutelle, et — ce qui n'est que le corollaire de cette première proposition — il nie aussi que le siège de la tutelle doive rester immuablement le même. Il décide au contraire que le conseil de famille devra toujours suivre le domicile du mineur, quels que soient les changements qu'il subisse.

A vrai dire, ce sont plutôt des considérations pratiques qui ont décidé les juriconsultes partisans de la règle de l'immutabilité d'un domicile de la tutelle. Laurent prétend trouver pourtant, sans innovation prétorienne, un remède aux inconvénients qui peuvent résulter de la mobilité du conseil de famille. Ce remède est, dit-il, dans le pouvoir qu'a le juge de paix bien informé de faire usage, sans

(1) Laurent. *Principes du Droit civil*, t. IV, p. 556 et suiv.

craindre les frais, de la faculté que lui donnent les articles 409 et 410. Il convoquera les parents ou alliés les plus proches en degrés ou de mêmes degrés que ceux présents, à quelque distance qu'ils soient domiciliés. Le tuteur, du reste, pourra être chargé des frais, s'il est de mauvaise foi. — Peut-être cet auteur a-t-il une confiance trop grande en l'initiative des juges de paix dont les occupations sont, par ailleurs, accrues de jour en jour par la législation et finissent par devenir réellement absorbantes. Les partisans de la doctrine que nous étudions disent qu'on doit se prémunir par une règle générale contre la négligence ou l'incapacité possible de certains de ces magistrats.

En somme, cette doctrine de l'immutabilité du siège de la tutelle serait fort justifiable (1) si elle avait certainement une base légale. Mais les textes lui prêtent peu d'appui. Et c'est pourquoi nous serons en bonne posture pour repousser son application quand elle nous semblera dangereuse ou inutile.

Déjà de nombreuses cours d'appel ont admis, au

(1) Peut-être les inconvénients signalés à l'appui de cette doctrine ont-ils été exagérés par des hypothèses souvent invraisemblables, chimériques, créées à plaisir. Elles supposent que le tuteur, n'hésitant pas à faire d'onéreuses dépenses, multiplie ses changements de domicile et que son calcul n'est pas déjoué par la sagacité des parents ou du juge de paix.

sujet de l'enfant légitime, des exceptions au principe et des tempéraments à la règle, de sorte que leur solution est ici en quelque sorte transactionnelle. Elles ont reconnu que, si les intérêts du mineur n'avaient été ni lésés, ni compromis par la délibération d'un conseil de famille convoqué autre part qu'au lieu de l'ouverture de la tutelle, cette irrégularité n'entraînait pas nécessairement la nullité de pareilles délibérations. Et d'ailleurs « si..... on peut craindre qu'un conseil de famille assemblé à une grande distance du domicile d'origine du mineur ne présente pas toutes les garanties désirables, de l'autre on ne peut s'empêcher d'être frappé des inconvénients, des lenteurs et des difficultés que présente la nécessité de se transporter à ce domicile pour délibérer sur tous les actes d'administration de la tutelle, même pour l'acceptation de libéralités faites au mineur (1). »

C'est pourquoi la Cour de cassation elle-même semble bien distinguer suivant qu'il s'agit d'organiser, de reconstituer ou de compléter la tutelle, ou suivant que la délibération du conseil de famille n'a pour objet que des actes d'administration. Dans le premier cas, le conseil de famille ne pourrait se réunir régulièrement qu'au lieu de l'ouverture de la tutelle, c'est-à-

(1) Commentaire de l'arrêt de cassation du 4 mai 1846, sous a signature de Devill (S. 46, 1, 465 D. 46, 1, 129).

dire dans la commune qu'avait le mineur lors du décès du premier mourant de ses père et mère. Dans le second cas, la Cour paraît admettre le même principe général, mais quand « sans dol, ni fraude, par des motifs d'urgence, d'économie ou autres semblables, il a été assemblé au domicile du tuteur, cette circonstance ne peut pas par elle-même être une cause de nullité. Cette exception à la règle est d'ailleurs conforme à l'esprit de la loi et de la jurisprudence qui tendent à sanctionner tous les actes d'une administration loyale de la tutelle. » (Motifs Cass., 4 mai 1846) (1).

Et maintenant, si nous nous posons catégoriquement cette question : Faut-il admettre pour les enfants naturels la règle plutôt prétorienne de l'immutabilité du siège de la tutelle ? Nous n'hésiterons pas à répondre négativement. Il faut admettre ici le point de vue de l'arrêt précité de la Cour de cassation. Cette règle ne présenterait aucun avantage dans la situation du mineur naturel. Elle ne susciterait, au contraire, que des inconvénients. L'enfant illégitime n'a pas de pa-

(1) Certaines cours d'appel étaient encore plus formelles que la Cour de cassation. « Considérant, dit la Cour de Nancy dans un arrêt du 28 juillet 1865 (S. 66. 2. 227. D. 1866. 5. 477), qu'il peut se présenter des circonstances dans lesquelles l'application stricte de ces règles ordinaires et communes, loin de protéger le mineur, lui serait au contraire préjudiciable au plus haut degré. »

rents, aux yeux de la loi, hormis ses père et mère légalement connus. Il est un peu dans la condition d'un enfant abandonné. Sa situation légale et sociale ne lui assure pas un centre d'affection, comme l'enfant légitime en a généralement un au moment où est décédé le parent dont la mort ouvre la tutelle. L'utilité de la règle du domicile spécial et immuable de la tutelle ne se conçoit donc point, puisqu'il n'y a pas de groupement de famille dont un tuteur ait à éviter la participation dans la constitution d'un conseil de famille. Mais, dira-t-on, il y a un groupement d'amis, de personnes ayant connu les père et mère ! Eh bien ! on peut douter du caractère durable de l'attachement de ces personnes à l'enfant et penser que l'affection actuelle d'individus choisis au domicile du tuteur, ordinairement peu éloigné de la résidence de l'enfant, sera plus sûre et plus active. A quel résultat extravagant n'aboutirait-on pas en exigeant que la réunion du conseil de famille se fît dans la commune d'un domicile antérieur, où l'enfant ne serait plus qu'un étranger, même s'il était reconnu, par suite de la suppression ou du relâchement des amitiés qu'avaient ses parents ? S'il reste sous leur garde, ceux-ci ont pu changer eux-mêmes de domicile et de résidence. Ne serait-il pas irrationnel de revenir invariablement, pour toutes les réunions du conseil de famille ou même pour quelques-unes seulement d'objet important, au domicile

originaire de l'enfant naturel, à celui qu'il avait à sa naissance, puisque c'est là que, théoriquement, sinon effectivement, la tutelle s'est ouverte pour lui ? Cela entraînerait des frais inutiles et compromettrait encore toute surveillance efficace sur les agissements du tuteur.

Aussi la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 10 novembre 1896 (1), a-t-elle écarté péremptoirement l'application de la règle de l'immutabilité du siège de la tutelle au sujet des enfants naturels. « Attendu, dit-elle, que la loi n'a déterminé par aucun texte le moment où doit être constituée la tutelle des enfants naturels ; qu'elle a laissé soit aux parents qui les ont reconnus, soit aux personnes qui les élèvent, soit aux parties intéressées, soit enfin au juge de paix de leur domicile, le soin d'organiser cette tutelle lorsque leur intérêt ou celui des tiers exige qu'ils soient légalement représentés. » A la date de la naissance et à celle de la reconnaissance de l'enfant, une mère naturelle avait son domicile à Paris dans le 5^e arrondissement ; elle le transporta ultérieurement dans le 6^e, où fut convoqué le premier conseil de famille qui la nomma tutrice. La Cour de cassation a décidé que ce conseil était

(1) Voir l'article de M. Albert Tissier, en note sous cet arrêt dans Sirey (97. I. 321).

Voir, en sens contraire, celui de M. Léon Michel, sous le même arrêt, dans Dalloz (99. I. 209).

compétent, alors que suivant la doctrine adverse, le conseil aurait dû être convoqué dans le 5^e arrondissement, lieu de naissance de l'enfant naturel.

Cet arrêt a donné lieu à de vives critiques (1). On lui a reproché (2) la généralité de sa formule. On a prétendu que, par lui, la Cour de cassation avait l'intention de rompre avec l'application analogique des articles du Code relatifs à la tutelle des enfants légitimes. On a dit que c'était neutraliser le principe de l'immutabilité du siège de la tutelle pour rejeter toute solution dans le vague et dans l'arbitraire des appréciations individuelles.

Mais semble-t-il bien la vérité que la Cour ait voulu affirmer qu'en principe les articles du Code, relatifs à la tutelle des enfants légitimes, ne s'appliquent pas nécessairement, dans le silence de la loi, et quand l'analogie est possible, à la tutelle des enfants naturels ? Non : la Cour, sans doute, par une décision plus étroite, a voulu dire que tel qu'il est interprété dans le sens de l'immutabilité d'un domicile spécial de tutelle, l'article 406 n'est pas applicable à la tutelle des enfants naturels. Elle a paru admettre l'opinion déjà suivie

(1) V. Aubry et Rau. 5^e édition, t. I, p. 601, § 92 *bis*, note 2 *bis*.

(2) V. dans Dalloz, sous l'arrêt précité, la note de M. Léon Michel.

au sujet de la tutelle des enfants légitimes, d'après laquelle on était en droit d'écarter, s'il était nécessaire, un principe dont la légalité était douteuse. Or l'inopportunité de son application à la tutelle des enfants naturels suffit pour en justifier le rejet. Peut-être, il est vrai, la Cour n'a-t-elle pas énoncé son arrêt avec toute la netteté désirable. Sa formule pouvait être rédigée d'une manière plus explicite, par exemple, dans ce sens : attendu qu'il y a lieu de n'appliquer par analogie que les dispositions conformes à l'intérêt et à la condition des enfants naturels, que spécialement la loi n'a déterminé par aucun texte le moment où doit être constituée la tutelle des enfants naturels ; que le moment où il est nécessaire de le faire est variable.....

Ce n'est pas l'arbitraire, comme on le dit ; c'est le rejet rationnel d'un système peut-être arbitraire lui-même et inutile ici, sinon dangereux. En l'absence de textes, le seul intérêt de l'enfant doit décider. Rien de plus étrange que la tentative d'imposer d'une manière rigide un système d'une valeur illusoire et probablement sans base légale ; rien de plus illogique enfin que d'étendre, par analogie, des dispositions inconciliables avec des situations nouvelles.

Nous nous sommes étendu sur cette question du siège de la tutelle parce qu'elle met en jeu des principes intéressants. Elle révèle avec quel eclectisme,

pour ainsi dire, il convient d'appliquer aux mineurs naturels les dispositions admises relativement aux enfants légitimes. Et si on voulait généraliser avec logique la portée de l'arrêt de cassation du 10 novembre 1896, nul doute que le système tout entier de la tutelle dative étendue à l'enfant naturel ne fût gravement ébranlé.

CONCLUSION

Une conclusion se dégage de cette étude. Notre législation est si imparfaite en ce qui concerne la protection de l'enfant naturel qu'il est urgent de la corriger et de combler une lacune contribuant à placer aujourd'hui notre code civil loin en arrière de beaucoup d'autres législations. Dans un grand nombre de pays, la tutelle de l'enfant naturel a été soigneusement réglementée.

C'est qu'à une situation distincte il faut une législation distincte. L'application par analogie à l'enfant naturel des systèmes de tutelle de l'enfant légitime est arbitraire ; de plus, elle est peu satisfaisante par elle-même, parce qu'en réalité la similitude de situation de ces enfants n'est souvent qu'apparente. D'autre part, recherchée à l'aide des principes généraux du droit, la solution de la difficulté, née du silence des textes, ne répond pas commodément à toutes les nécessités.

Il ne faudrait donc pas, encore une fois, différer le moment de modifier et de compléter sur ce point le code civil. Son esprit est déjà bien loin de ces vieux concepts juridiques, d'après lesquels certains droits sur les incapables n'existaient que dans l'intérêt étroit, égoïste et jaloux de ceux qui auraient dû en être les sincères défenseurs. Or, depuis sa rédaction, la notion des protections sociales nécessaires s'est encore élargie. Il importe d'avoir un grand souci de l'égalité vraie, et du sort des faibles et des déshérités. Certes, l'esprit de charité doit être développé le plus possible pour qu'on puisse attendre beaucoup de l'initiative des gens de cœur et des associations charitables. Mais le législateur a lui-même une grande tâche. En sauvegardant mieux qu'il ne l'a fait jusqu'ici les intérêts des enfants naturels, il fera déjà disparaître de nos lois quelques graves négligences et il continuera en même temps l'œuvre toujours sacrée de la réparation d'une injustice.

Vu :

Albert TISSIER.

Vu :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 19 juillet 1900.

Le Recteur de l'Académie,

Ch. ADAM,
Correspondant de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE. — Tutelles qu'il convient d'admettre pour les enfants naturels en l'état actuel de la législation et au point de vue de l'intervention législative.....	13
CHAPITRE I. — Nécessité de l'organisation d'une tutelle des enfants naturels reconnus.....	15
CHAPITRE II. — Système de la tutelle légale.....	39
CHAPITRE III. — Système de la tutelle testamentaire....	57
CHAPITRE IV. — Impossibilité d'étendre à l'enfant naturel la tutelle des ascendants.....	63
CHAPITRE V. — Système de la tutelle dative.....	65
CHAPITRE VI. — Système qu'il convient d'adopter en l'état de notre législation.....	85
CHAPITRE VII — Solution législative qui semble préférable.....	105
CHAPITRE VIII. — Tutelle des enfants naturels non reconnus.....	133
CHAPITRE IX. — Digression sur la tutelle des enfants adultérins et incestueux.....	141

DEUXIÈME PARTIE. — Application du système de tutelle dative qui prévaut dans la pratique.	147
CHAPITRE I. — Organisation de la tutelle.....	149
CHAPITRE II. — Question relative à la doctrine de l'immu- tabilité du siège de la tutelle.....	171
CONCLUSION.....	185

